Der Beamtenbegriff des Reichsstrafgesetzbuches in seiner rechtsgeschichtlichen Entwicklung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Jürgen Keßmann
Gerichtsreferendar aus Berlin-Wilmersdorf

Marburg 1933

Max Schmersow, Buchdruckerei für fremde Sprachen G. m. b. H., Kirchhain N.-L.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 9. November 1932

Berichterstatter: Professor Dr. jur., Dr. phil., Dr. theol. h. c. Bredt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater gewidmet

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. § 359 StGB. als Ausgangspunkt der Erörterungen. Gegenüberstellung der beiden Hauptmeinungen über die Auslegung des § 359 StGB. 1

II. Die einzelnen Vertreter der Lehrmeinungen über den Beamtenbegriff des Strafgesetzbuchs 1
1. Die engere Interpretation des § 359 StGB. 1
2. Kritik dieser Ansichten 2
3. Die weitere Auslegung des § 359 StGB 3
4. Vermittelnde Ansicht Rosenbergs 4
5. Die Ansichten von Holl und Puppe 5
6. Eckstein 5

III. Notwendigkeit einer historischen Untersuchung der Entwicklung des Beamtenbegriffs im Staatsrecht und Strafrecht. Der Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts als maßgebender Beamtenbegriff für die Entwicklung des geltenden Strafrechts. Methodische Erwägungen 6

IV. Rie Rechtslehre des 17. und des beginnenden 18. Jahrhunderts 7
1. Boguslaus Philippus Chemnitz 7
2. Pufendorf 9
3. Ludolph Hugo 10
4. Gabriel Schweder 10
5. von Seckendorf 11

V. Das Corpus Constitutionum Marchicarum 15
1. Belegstellen 15
2. Bedeutung der Belegstellen 17

VI. Zusammenfassung des bisherigen Ergebnisses 20

VII. Die Rechtslehre zur Zeit der Entstehung des Allgemeinen Landrechts 23
1. Justi 24
2. Moser 26
3. Pütter 27
4. Seuffert 28
5. von der Becke 30
6. von Berg 31
7. Gönner 32
8. Zusammenfassung des Ergebnisses 34
9. Bedeutung der Rechtslehre für die Auslegung des Allgemeinen Landrechts 34

VIII. Der Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts 34
1. § 1—3, II 10 als Grundlage der Betrachtungen 34
2. Bedeutung des Wortes „besondere Dienste“ in § 3 35
3. Die Bedeutung des § 1 für den Beamtenbegriff 36
4. Das Hoheitsrecht der Ämterverleihung und das Amt in seiner Bedeutung für den Beamtenbegriff 37
5. Ausdehnung der Hoheitsrechte. Begriff der öffentlichrechtlichen Tätigkeit 38

Seite

6. Bisheriges Ergebnis. Bedeutung des Außenverhältnisses . . . 40
7. Die Natur des Beamtendienstverhältnisses und ihre Bedeutungslosigkeit für den Beamtenbegriff 40
8. Weitere Zusammenfassung des bisherigen Ergebnisses 43
9. Weitere Belegstellen 43
10. Beantwortung der Teilfrage nach der Verschiedenheit des strafrechtlichen und staatsrechtlichen Beamtenbegriffs im Allgemeinen Landrecht 44

IX. Die weitere Entwicklung des Beamtenbegriffs 45
1. Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851 . 45
2. Die Rechtsprechung des Obertribunals 46
3. Die Umgestaltung des Beamtenbegriffs in Preußen. Beschränkte Bedeutung des Beamtenbegriffs des ALR. auch noch für das heutige Recht 50
4. Theoretische Begründung der Gültigkeit des Beamtenbegriffs des ALR. für das heutige Recht 54

X. Die Organstellung als wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft 55
1. Organeigenschaft der mit Ausübung öffentlicher Gewalt Betrauten 55
2. Organeigenschaft der lediglich in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beamten 55
3. Würdigung der Ansicht Ecksteins 58
4. Exkurs über die Bedeutung des so gefundenen Beamtenbegriffs auch für gewisse Gebiete des Staatsrechts 59

XI. Anhang: Das Wesen der öffentlichrechtlichen Funktionen unter Berücksichtigung der gerade für die Anwendung des § 359 StGB. praktisch wichtigen Fälle 60
Ergebnis 67

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Deutsches Strafrecht. 8. Aufl.

von der Becke, Von Staatsämtern und Staatsdienern. 1797.

von Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechts. 4 Bde. 1802—1806.

— Etwas über die Dienstentlassung des Herrn Hofrichters von Berlepsch. 1797.

Bergius, Preußen in staatsrechtlicher Beziehung. 2. Aufl. 1843.

Beseler, G., Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 1851.

Binding, Lehrbuch des Strafrechts. Aufl. 1904.

Bohne, Artikel Amtsverbrechen in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo u. Elster. Bd. I, S. 126.

Bornhak, Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl.

Chemnitz, Boguslaus Philippus, De Ratione status in imperio Romano-Germanici. Dissertatio 1640. (Exemplar der Preußischen Staatsbibliothek in Berlin.)

— Abriß der Staatsverfassung, Staatsverhältnis und Bedürfnis des Römischen Reichs Deutscher Nation (aus dem Lateinischen). Mainz und Koblenz 1761. (Exemplar der Preußischen Staatsbibliothek in Berlin.)

Corpus Constitutionum Marchicarum von Mylius = C.C.M.

Daries, Institutiones iurisprudentiae universalis. 1757.

Delius, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reichs und der Länder.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar). 3. Aufl.

Eckstein, Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht. in ArchöffR. 27,487 ff.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl.

Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 17. Aufl.

Gerber, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, in ArchöffR. 57,1 ff.

Gesetzesrevision, Allgemeines Landrecht, Pensum XII als Monographie zur Benutzung bei den Beratungen abgedruckt.

Gönner, Der Staatsdienst. 1808.

— Teutsches Staatsrecht. 1804.

Grimm, J. u. W., Deutsches Wörterbuch.

Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5. und 6. Aufl.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht.

Hochheiser, Der Beamtenbegriff im deutschen Reichsstrafrecht. Methodik, gesetzliche und geschichtliche Grundlagen.

Holl, Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne. 1907.

Hubrich, Artikel Amtsdelikte. Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts von Stengel-Fleischmann, Bd. I, S. 110.

Hugo, Ludolphus, De statu regionum Germaniae et regimine principum. Helmstedt 1672. (Exemplar der Preuß. Staatsbibliothek. Berlin.)

Jellinek, W., Verwaltungsrecht. 1928.

Isaacsohn, Geschichte des preußischen Beamtentums.

von Justi, Joh., Heinr. Gottl., Staatswirtschaft. 1758.

Kaufmann, Erich, Artikel Verwaltung und Verwaltungsrecht, im Stengel-Fleischmanns Wörterbuch, Bd. III, S. 716 ff.

Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht. 4. Aufl.

Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4 Bände. 5. Aufl.

von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl.

Materialien zum Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten. Handschriftlich in der Bibliothek des Preußischen Justizministeriums.

Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der preußischen Landesgesetze. Bd. I. 1800.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl.

Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen. 1838.

Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl.

Moser, Joh. Jak., Teutsches Staatsrecht. (Von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt 1772. Von der Landeshoheit im Weltlichen. Von der Landeshoheit der deutschen Reichsstände überhaupt 1773.)

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl.

Oppenhoff, Kommentar zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 5. Aufl.

Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen. 1926.

Preuß, Hugo, Art. Beamte, im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften. Bd. I, S. 313 ff.

Pütter, Joh. St., Institutiones iuris publici Germanici. Ed. IV. 1787.

von Pufendorf, Sam., Severini de Monzambano Veronensis De statu imperii Germanici ad Laelium fratrem, dominum Trezolani. Lib. unus. Ausgabe von 1667. Genf. Exemplar der Preußischen Staatsbibliothek in Berlin.

— Kurtzer und doch gründlicher Bericht von dem Zustand des Heiligen Römischen Reichs teutscher Nation. (Übersetzung.) Leipzig 1715. Exemplar der Preußischen Staatsbibliothek in Berlin.

Puppe, Der Begriff „Beamter" und „Amt" im Reichsstrafgesetzbuch. Heidelberger Diss. 1908.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in Annal. d. Deutsch. Reiches. 1884. S. 565 ff. 1885, S. 65 ff.

von Rheinhaben, Art. Amt, in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch. Bd. I, S. 103.

Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, in VerwArch., Bd. 3, S. 249 ff.

von Rönne-Zorn, Staatsrecht der Preußischen Monarchie. 5. Aufl.

Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen und idealen Staatsrechts. 1845.

von Schmoller, Gustav, Über Behördenorganisationen, Amtswesen und Beamtentum, in Acta Borussica. Behördenorganisationen Bd. I. Allgemeine Landesverwaltung, Einleitung.

Schweder, Gabriel, Introductio in ius publicum imperii Romano-Germanici novissimum. 1685. Exemplar der Preuß. Staatsbibliothek in Berlin.

von Seckendorff, Teutscher Fürstenstaat. 1660 und 1720. (Die Zitate tragen die Seitenzahl der Ausgabe von 1720).

Seuffert, J. M., Von den Verhältnissen des Staats und der Diener des Staats gegeneinander. 1793.

von Stein, Lorenz, Verwaltungslehre.

Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung. 2 Bde.

Temme, J. D. H., Handbuch des preußischen Criminalrechts. 1837.
— Glossen zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 1853.
— Lehrbuch des Preußischen Strafrechts. 1853.
Vier Fragen, beantwortet von einem Ostpreußen. Mannheim 1841. Exemplar der Bibliothek Varnhagen der Preuß. Staatsbibliothek in Berlin.
Wachinger, Verbrechen und Vergehen im Amt, in Vergl. Darst. d. Dtsch. u. Ausl. Strafrechts. Bes. T. Bd. IX, S. 193 ff.
Weisbart, Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, in VerwArch. 26,387 ff.

Juristische Wochenschrift **(JW.)**.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht **(LZ.)**.
Oppenhoffs Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen **(Oppenhoff)**.
Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals **(ObTrib.)**.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen **(RGSt.)**.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen **(RGZ.)**.
Goltdammers Archiv für Strafrecht **(GotdA.)**.

I. § 359 StGB. als Ausgangspunkt der Erörterungen. Gegenüberstellung der beiden Hauptmeinungen über die Auslegung des § 359 StGB.

Eine jede Abhandlung über den Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches muß von dem § 359 StGB. ausgehen. Dieser Paragraph scheint in der Art seiner Fassung eine Definition des Beamtenbegriffes zu enthalten. Als entscheidend müßte man danach die Worte „im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaates angestellt" ansehen. Die Unergiebigkeit einer solchen Begriffsbestimmung erweist sich aber bald, wenn man Rechtslehre und Rechtsprechung zu der Frage des Beamtenbegriffs des Strafgesetzbuches einer Betrachtung unterzieht. Es haben sich im wesentlichen zwei gegensätzliche Meinungen herausgebildet. Nach der einen ist der Beamtenbegriff genau so zu fassen wie im Staatsrecht bzw. im Verwaltungsrecht. Für den Beamtenbegriff des Staatsrechts kommt es nach dieser Meinung darauf an, ob ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis begründet ist. Die gegnerische Ansicht hält den Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches für bedeutend weiter. Nach ihr ist Beamter ein jeder, der entweder in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staate oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft steht, oder aber, selbst wenn ein solches Dienstverhältnis fehlt und nur ein rein privatrechtliches Dienstverhältnis vorhanden ist, Verrichtungen öffentlichrechtlicher Art ausübt, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke unmittelbar oder mittelbar dienen. Zwischen beiden Ansichten gibt es naturgemäß noch eine vermittelnde Meinung.

II. Die einzelnen Vertreter der Lehrmeinungen über den Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches.

1. Zu den Vertretern der ersteren Ansicht gehört vor allem Binding [1]). Nach ihm kommt es allein darauf an, was das Staatsrecht unter Anstellung im Dienste des Staates oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft versteht, da das Strafgesetzbuch selbst keinen Aufschluß darüber gibt, was unter Anstellung zu verstehen sei. Das Staatsrecht verstehe unter Anstellung aber die Anstellung im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis, das sich als besonderes Gewaltverhältnis darstelle. Er fügt zur näheren Erläuterung seiner

[1]) a. a. O. II, 2, S. 382 ff.

Ansicht noch hinzu, daß sich das öffentliche Amt vom Beamten häufig sondere, daß der Amtsbegriff nichts zu tun habe mit dem Beamtenbegriff. Nicht jeder Beamte sei Träger eines öffentlichen Amts.

Dieselbe Ansicht wird in ihrer Begründung von Hubrich noch näher präzisiert [1]). Mit dem Worte „Anstellung" wird nach ihm notwendig ein besonderes Dienstverhältnis öffentlichrechtlicher Art vorausgesetzt, da bereits seit Ausgang des 18. Jahrhunderts der Beamte in Preußen in einem besonderen Gewaltverhältnis, welches durch öffentlichrechtlichen Dienstvertrag begründet werde, „angestellt" sei. Gerade diese technische Bezeichnung „Anstellung" deute darauf hin, daß ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis vorliege. Ferner falle ins Gewicht der Unterschied zwischen §§ 31 und 359 StGB. § 31 begreift unter den öffentlichen Ämtern auch Notariat, Advokatur und Anwaltschaft, ferner Schöffen- und Geschworenendienst. § 359 StGB. bestimmt, daß zwar Notare Beamte sind, nicht aber Anwälte und Advokaten.

Dieser Ansicht hat sich auch von Liszt-Schmidt angeschlossen [2]). Auch er ist der Ansicht, daß in dem Worte „Anstellung" zum Ausdruck komme, daß es sich um ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis zum Staate handele. Demgegenüber bedeutet es keine vermittelnde Haltung zwischen beiden scharf getrennten Rechtsanschauungen, wenn er von der zweiten weiteren Ansicht allerdings in mißverständlicher Weise die Art der Formulierung übernimmt und demnach sagt, Beamter sei, wer auf Grund staatlicher Anstellung in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis „als Organ der Staatsgewalt (mithin unter staatlicher Autorität) für Staatszwecke tätig zu sein berufen ist". Er will damit nicht zum Ausdruck bringen, daß die Betrauung mit Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen allein schon den also Angestellten zum Beamten macht.

Weiterhin hat sich dieser Ansicht auch Bohne [3]) angeschlossen, der aber seine Darlegungen etwas einschränkt, wenn er sagt, daß auch privatrechtlich Angestellte mit Rücksicht auf bestimmte Obliegenheiten Beamteneigenschaft haben können. Er verweist hierbei auf die Beamten, die mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung beim Eisenbahnbetrieb betraut sind.

Unter den Kommentatoren des Reichsstrafgesetzbuches hat sich dieser Ansicht Frank angeschlossen [4]).

2. Die erstere Lehrmeinung kann so, wie sie allgemein begründet wird, nicht überzeugen. Das Wort „Anstellung" ist schlechthin farblos und nichtssagend. Nicht nur heute, sondern immer schon hat man unter Anstellung die Begründung jedes irgendwie gearteten

---

[1]) Stengel-Fleischmann, Bd. I, S. 110 (Art. Amtsdelikte).
[2]) a. a. O. 25. Aufl., S. 816 f. und Anm. 2.
[3]) HW. d. RW. I, S. 126.
[4]) a. a. O. 17. Aufl. zu § 359, I—IV, insbes. S. 757.

Dienstverhältnisses verstanden [1]). Es kommt also nicht darauf an, ob, wie Hubrich meint, nach preußischem Recht seit Ausgang des 18. Jahrhunderts die Beamten „angestellt" wurden, sondern, ob dieses Wort gerade nur das öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis zum Ausdruck bringen wollte. Den Beweis für seine Ansicht aber hat Hubrich denn auch nicht erbracht. Selbst wenn es so sein sollte, daß nur bei Begründung eines Beamtendienstverhältnisses öffentlichrechtlicher Art von Anstellung gesprochen wurde, so besagt dies doch gar nichts. Denn wenn Anstellung die Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses bedeuten soll, muß sich der Gesetzgeber oder die Rechtsanwendung dessen bewußt gewesen sein, daß damit gerade zum Ausdruck gebracht wird, es handele sich um ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis. Mindestens muß man sich aber darüber klar gewesen sein, ob denn überhaupt das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis für die Beamteneigenschaft wesentlich ist. Andernfalls würde dieser Wortgebrauch für den Beamtenbegriff unerheblich sein. Vor allem ist es auch nicht angängig, aus der Verwendung des Wortes „Anstellung" und seiner mangelnden Erläuterung im Strafgesetzbuch einfach zu schließen, daß man darunter dasselbe zu verstehen habe, was das Staats- oder Verwaltungsrecht darunter versteht; darauf hat insbesondere Hochheiser hingewiesen [2]).

3. Die Gegner der oben dargestellten engeren Bestimmung des Beamtenbegriffs des StGB. sind zahlreicher. Sie schließen sich vor allem an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an. Diese bedient sich nunmehr in ständiger Formulierung folgender Begriffsbestimmung: „Beamter ist, wer öffentlichrechtliche Funktionen ausübt, welche aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und den Staatszwecken dienen" [3]). Außerdem sind aber auch die Beamten „im staatsrechtlichen Sinne" solche im strafrechtlichen, nämlich Personen, die in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staate stehen [4]). In einer anderen Formulierung legt das Reichsgericht mehr Gewicht darauf, daß die Tätigkeit des Beamten nur Ausfluß eines öffentlichen Amts sein könne [5]). Wiederum eine andere Fassung lautet, daß Handlungen, welche unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden und den Staatszwecken dienen, für die Beamteneigenschaft i. S. des Strafgesetzbuches wesentlich sind [6]). Letztere Fassung ist die weiteste und geht auf die Rechtsprechung des Obertribunals zurück. Es ist nicht erforderlich, daß diese Handlungen, nur von öffentlichen Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden können, oder in der Ausübung von Staatshoheits-

---

[1]) Grimm, Wörterbuch I, S. 482.
[2]) a. a. O. S. 3 f.
[3]) RGSt. 20, 30; 39, 233; 56, 400; 60, 140; 62, 26, 310; JW. 1931, 3671.
[4]) JW. 1931, 3670, Nr. 62.
[5]) RGSt. 35, 325 ff.; 43, 362.
[6]) LZ. 1917, 1239.

rechten bestehen [1]). Dies ist wesentlich; denn das Reichsgericht hält für Beamte im staatsrechtlichen Sinne, also solche, die im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staate stehen, auch die Personen, die Tätigkeiten ausüben, welche nur von Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden können [2]). Solche Personen werden auch dann Beamte im staatsrechtlichen Sinne, wenn die anstellende Behörde ausdrücklich nur einen Privatdienstvertrag abschließt. Diese Beamten sind also gar nicht nur Beamte im strafrechtlichen, sondern vor allem auch im staatsrechtlichen Sinne [3]) und sind also wohl zu unterscheiden von denen, welche auf Grund der Betrauung mit öffentlichrechtlichen Funktionen lediglich Beamte im strafrechtlichen Sinne sind. Irgendwie eine nähere Begründung dieser seiner Ansicht hat das Reichsgericht niemals gegeben.

Der Meinung des Reichsgericht schließt sich Olshausen an [4]). Er begründet seine Stellungnahme wesentlich nach praktischen Gesichtspunkten. Beim staatsrechtlichen Beamtenbegriff komme es auf das Innenverhältnis zum Staate an, im Strafrecht habe jedoch der Gedanke des Schutzes des Publikums das Übergewicht. Daher sei dort ausschlaggebend die rechtliche Stellung der betreffenden Personen nach außen. Sehr wesentlich ist ferner, daß er aus der Gruppe der Beamten im strafrechtlichen Sinne solche ausschließt, die lediglich auf Grund der Staatsbürgerpflicht tätig werden, so z. B. die Militärdienstpflichtigen; aber auch Schöffen und Geschworene gehören hierher [5]), denn auch diese werden nur kraft einer allgemeinen Staatsbürgerpflicht tätig. Man kann diesen Gedanken auch in die Form kleiden, daß man sagt, der Beamte müsse in einem besonderen Dienstverhältnis zum Staate oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft stehen, nicht nur in dem allgemeinen Dienstverhältnis des Staatsbürgers. Was unter diesem Begriff zu verstehen sei, soll weiter unten erörtert werden.

Der gleichen Ansicht sind ferner Allfeld [6]) und von Rheinbaben [7]). Von den älteren Schriftstellern sei Häischner genannt [8]).

4. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Rosenberg im Leipziger Kommentar ein [9]). Nach ihm hängt die Beamteneigenschaft im strafrechtlichen Sinne entweder davon ab, ob ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis begründet ist, oder ob Geschäfte übertragen sind, die gewöhnlich von einem Beamten vorgenommen werden.

---

[1]) RGSt. 51, 65; 52, 348; JW. 1931, 2815; 1931, 63.
[2]) RGZ. 84, 304; 104, 257. 261; 106, 17, 19; 108, 415, 418; 112, 126, 128.
[3]) JW. 1931, 3670.
[4]) 11. Aufl. a. a. O. zu § 359 N. 1, S. 1915 f.
[5]) a. a. O., N. 8, S. 1919.
[6]) a. a. O. 8. Aufl., S. 603 f.
[7]) Stengel-Fleischmann, S. 358.
[8]) a. a. O. S. 1032.
[9]) 3. Aufl., S. 1074.

5. Nicht in diese Gegenüberstellung sind einzugliedern Holl und Puppe. Ersterer sagt zwar einmal, daß im Sinne von § 359 StGB. jeder als „angestellt" zu betrachten sei, der in irgendeiner Weise, wenn auch nur überhaupt in gesetzlicher Form dazu berufen sei, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staats tätig zu sein [1]). Hieraus könnte man entnehmen, er wolle sich der Meinung des Reichsgerichts anschließen. Bald danach fährt er jedoch fort, rein privatrechtliche Beziehungen seien nicht geeignet, die betreffende Person zum Beamten zu machen, nötig sei vielmehr ein öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis [2]). Damit werde der Beamte unter öffentlicher Autorität tätig, seine Dienste würden zu öffentlichrechtlichen. Er beruft sich für diese Ansicht, wie leicht zu sehen ist, zu Unrecht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Holl übersieht, daß die öffentlichrechtliche Natur der Dienste ganz unabhängig ist von der Art des Dienstverhältnisses. Puppe faßt dagegen den Beamtenbegriff noch enger als die Anhänger der oben zuerst dargestellten Rechtsansicht. Er sieht als Beamte nur solche an, die in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staate stehen, behauptet aber, daß dieses Gewaltverhältnis einen Teil der Staatsgewalt übertrage [3]). Auch dies ist nicht richtig; denn durch die Begründung des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses wird gar nichts gesagt über die Art der zu verrichtenden Dienste.

6. Eine sehr originelle Ansicht vertritt ferner Eckstein [4]). Nach ihm ist für die Beamteneigenschaft allein entscheidend die Ausübung obrigkeitlicher (hoheitlicher) Tätigkeit. Dieser Beamtenbegriff ergebe sich aus allgemeinen unjuristischen Erwägungen. Der Gesetzgeber sei überhaupt nicht in der Lage, den Beamtenbegriff anders als so zu bestimmen. Freilich sei es ihm unbenommen zu bestimmen, auf wen die Disziplinarvorschriften der Beamtengesetze Anwendung finden sollten, und er könne auch bestimmen, daß auch andere Personen als Beamte ihnen unterliegen. Aber selbst wenn man solche Personen als Beamte bezeichnen wolle, so sei damit weiter nichts gesagt, als daß die Beamtendienst- und Disziplinargesetze auf sie Anwendung finden; der Beamtenbegriff könne durch solche Bestimmung nicht geändert werden. Eine Auseinandersetzung mit dieser Ansicht soll erst weiter unten erfolgen.

---

[1]) a. a. O. S. 13.
[2]) a. a. O. S. 15.
[3]) a. a. O. S. 65.
[4]) ArchöffR. 27, 494 f., 498 f., 506.

III. Notwendigkeit einer historischen Untersuchung der Entwicklung des Beamtenbegriffs im Staatsrecht und Strafrecht. — Der Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts als maßgebender Beamtenbegriff für die Entwicklung des geltenden Strafrechts. Methodische Erwägungen.

Aus der Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten über den strafrechtlichen Beamtenbegriff ergibt sich, das verschiedene Möglichkeiten konstruktiver Auslegung des § 359 StGB. bestehen, und daß eine befriedigende Lösung der Frage nach dem Beamtenbegriff des StGB. von konstruktiven Untersuchungen allein nicht zu erwarten ist. Klarheit kann zunächst nur eine historische Untersuchung der Entwicklung des Beamtenbegriffs im Strafgesetzbuch bieten. Die Untersuchung muß sich, wie sich aus dem Gegensatz der beiden Hauptansichten über den Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches ergibt, darauf erstrecken, ob und seit wann staatsrechtlicher Beamtenbegriff und strafrechtlicher Beamtenbegriff übereinstimmen oder sich unterscheiden. Damit ist es aber nicht genug. Es muß auch selbständig untersucht werden, welchen Gehalt denn nun der Beamtenbegriff des Staatsrechts hat, da die Frage nach der Gleichheit beider Begriffe sich möglicherweise aus Bestimmungen des Gesetzgebers leicht nachweisen lassen könnte.

Für die historische Untersuchung ist es nun bedeutsam, daß das StGB. auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurückgeht[1]). Es käme also darauf an, den Beamtenbegriff dieses Gesetzbuches zu bestimmen. Es ist aber möglich, ohne weiteren Aufenthalt bei dieser Teilfrage noch weiter zurückzugehen, da der Beamtenbegriff des Strafgesetzbuches von 1851 wiederum unmittelbar auf das Allgemeine Landrecht zurückgeht. Hochheiser[2]) hat in einer bis ins einzelne gehenden Untersuchung nachgewiesen, daß der Beamtenbegriff des Strafrechts durch das neue Gesetzbuch gegenüber dem Allgemeinen Landrecht nicht geändert werden sollte. In den Vorarbeiten zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851 kommt eine solche Absicht nirgends zum Ausdruck. Den Darlegungen Hochheisers ist insoweit nichts hinzuzufügen. Es handelt sich also vornehmlich auch darum, den Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts überhaupt aufzudecken.

Es erhellt, daß die geschichtlichen Untersuchungen sich nicht nur auf Gesetzestext und Materialien des Allgemeinen Landrechts allein beschränken lassen, sondern auch bis in die erste Zeit des Auftretens der Institution des Beamtentums sich erstrecken müssen. Vor allem aber müssen sich die Darlegungen auch mit Rechtslehre und Rechtsanschauungen jener Zeit befassen. Die Rechtfertigung

---

[1]) Liszt-Schmidt a. a. O., S. 70, II, 1.
[2]) a. a. O. S. 63—70.

dieser Methode soll sich aus dem Gang der Untersuchung selbst ergeben.

Vorerst erscheint es notwendig, einiges Methodische über eine solche Untersuchung zu sagen. Für die Erfassung der wesentlichen Merkmale des Beamtenbegriffs ist es geboten, zwei Blickrichtungen zu unterscheiden. Der Beamte steht, und dazu bedarf es keines weiteren Beweises, im Dienste des Staates oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft. Damit aber noch nicht genug; es handelt sich nicht um das allgemeine Staatsbürgerverhältnis, sondern um ein besonderes Dienstverhältnis. Mit dieser Feststellung ist natürlich noch gar nichts gesagt über die Natur des Dienstverhältnisses; denn auch ein privatrechtliches Dienstverhältnis ist gegenüber den Staatsbürgerpflichten ein besonderes Dienstverhältnis. Der Beamte steht aber nicht nur in einem Dienstverhältnis zum Staate, sondern tritt auch in Beziehungen zu den Staatsbürgern. Jedes Beamtenverhältnis hat so seine zwei Seiten. Es erleichtert nun die Untersuchung sehr, wenn man das Dienstverhältnis zum Staate als Innenverhältnis, die Beziehungen zu den Staatsbürgern als Außenverhältnis bezeichnet. Mit dem Worte „Außenverhältnis" ist genau wie oben auch nichts gesagt über dessen Natur, d. h. über die Natur der Tätigkeit gegenüber den Staatsbürgern[1]). Diese Bezeichnung bedeutet daher keine Vorwegnahme des Ergebnisses der Untersuchungen. Sie müssen sich darauf erstrecken, ob die wesentlichen Merkmale des Beamtenbegriffs in dem Innenverhältnis oder in dem Außenverhältnis oder etwa in beiden zu finden sind, d. h. ob eine bestimmte rechtliche Natur des Innenverhältnisses für den Beamtenbegriff entscheidend ist oder eine bestimmte rechtliche Natur des Außenverhältnisses. Darauf wird bei der Untersuchung also abzustellen sein.

IV. Die Rechtslehre des 17. und des beginnenden 18. Jahrhunderts.

Bei der geschichtlichen Untersuchung soll von dem ersten Auftauchen des Wortes „Beamter" abgesehen werden, da die Quellen in dieser Richtung zu spärlich fließen, als daß sich etwas für die vorliegende Untersuchung daraus ergeben könnte. Der Gebrauch des Wortes „Beamter" wird erst häufiger im 17. Jahrhundert. Die bedeutendsten Werke über das damalige öffentliche Recht sind in dieser Zeit entstanden.

1. Zu beginnen ist mit dem Buche des Boguslaus Philippus Chemnitz: „De ratione status in Imperio Romano-Germanici" aus dem Jahre 1640. Das Buch ist unter Pseudonym Hippolithus a Lapide erschienen und beschäftigt sich mit der Verfassung des Deutschen Reichs. Es werden in ihm die einzelnen Hoheitsrechte, iura maiestatis des Kaisers erörtert, wie dies damaligen Gepflogen-

[1]) Vgl. über diese Bezeichnung Rehm, Annalen 1885, S. 163.

heiten entsprach, da das öffentliche Recht ausschließlich ein System dieser Hoheitsrechte war. Im Kapitel 13 des I. Teiles auf S. 206 spricht Chemnitz über das ius creandorum magistratuum. Es gehört ebenfalls zu den Hoheitsrechten. Er sagt: „Nam ad curam principis magistratuum creatio pertinet, non ad favorem populi". „Haeque ipsa creatio maxima pars est muneris imperatorii". Dann folgt eine Erörterung der einzelnen Reichsämter, Reichsvikariat, Kanzleramt, Reichsschatzmeister usw. Die Erörterung dreht sich im wesentlichen darum, ob die Ernennung zu solchen Ämtern ad imperium oder ad imperatorem spectat de iure. Chemnitz ist es darum zu tun, nachzuweisen, daß die Besetzung dieser Ämter nicht Sache des Kaisers, sondern der Reichsstände sei, da er beweisen will, daß das Reich eine Aristokratie ist. Er zählt weiter auf: das Reichsregiment, das Reichskammergericht und die militärischen Ämter. Es handelt sich also bei dieser Erörterung um die Besetzung der Ämter. Daß dies gemeint ist, geht auch aus der Übersetzung des Buches aus dem Jahre 1761 hervor, in welcher es z. B. auf S. 633 f. heißt: „Mit den Kriegsbedienungen hat es die gleiche Bewandtnis als bisher gezeigtermaßen mit den Staatsämtern". Ferner lautet die Überschrift des 13. Hauptstücks „Vom Recht, Gerichts- und obrigkeitliche auch andere hohe Ämter zu bestellen". Magistratus sind demnach also Personen, die mit solchen Ämtern bekleidet sind; ob wir sie Beamte nennen dürfen, soll zunächst dahingestellt bleiben. Unter Ämtern versteht Chemnitz, wie sich aus diesen Erörterungen ergibt, einen Kreis von Tätigkeiten obrigkeitlicher Art, kurz: Regierungstätigkeit. Das ist auch klar; denn wenn das Recht, Ämter zu besetzen, ein Hoheitsrecht ist, dann müssen auch die Ämter selbst hoheitlicher Natur sein, d. h. ihre Ausübung muß Ausübung der Hoheitsrechte des Kaisers sein. Das Obrigkeitliche liegt auch bereits in dem lateinischen Wort magistratus, welches stets ein obrigkeitliches Amt oder den Träger eines solchen Amts bezeichnet.

Chemnitz spricht noch an anderer Stelle von den Ämtern, und zwar pars I Cap. I, S. 18 f. Dort macht er den Unterschied zwischen Regierung und Verwaltung. Er sagt, eine Staatsform könne monarchisch sein, während die Verwaltung demokratisch sei. Dies sei dann der Fall, wenn jedem der Zugang zu allen Ämtern offenstehe. Interessant ist in diesem Zusammenhang das Beispiel, das er auf S. 21 gibt. Dort will er zeigen, daß die anders geartete Struktur der Verwaltung keine Mischung der Staatsformen herbeiführt. „In democratia pari modo observandum est; in qua, nec duces, nec consules, nec dictator, vel si quis alius sit, cui rei publicae suo (rei publicae) nomine, potestate absoluta, ad tempus, vel perpetuum, quamdiu vixerit, uti concedat, dicuntur habere monarchicam vel aristocraticam potestatem: nimirum quia non suo, sed populi nomine et procuratorio, eam exercent". Die genannten Personen also haben nicht deshalb, weil ihnen die absolute Gewalt im Staate anvertraut ist, eine monarchische oder aristokratische

Gewalt; denn sie üben sie ja nur im Namen des Volkes aus. Bezeichnend ist es nun, daß in der Übersetzung vom Jahre 1761 die Stelle „si quis alius sit" mit dem Worte „Beamter" übersetzt wird". Man darf daher annehmen, daß Chemnitz den Beamten für einen solchen Amtsträger oder „magistratus" ansieht. Über die Art des Innenverhältnisses dieser magistratus oder Amtsträger, wie die neutrale Übersetzung einmal lauten soll, ist in dem Buche von Chemnitz überhaupt nicht die Rede.

2. Ähnliches findet sich auch bei Pufendorf, dessen Gegnerschaft zu Chemnitz sich auf dieses Gebiet nicht erstreckte. In Kapitel V, § 5, S. 101 f. der Ausgabe von 1667 heißt es: „Initio ergo capiemus a constitutione magistratuum, quae in quaelibet civitate est penes summum imperium". Er leitet daraus das Recht ab, eine Oberaufsicht und Strafgewalt über die magistratus zu üben und geht dann dazu über, zu erörtern, ob dem Kaiser das Recht zustünde, für das Reich solche magistratus zu ernennen. Von den duces und comites Deutschlands sagt er sehr scharfsinnig, daß sie in alter Zeit „magistratus proprie dictos fuisse" [1]). Aber dies würden sie zu seiner Zeit als eine Beleidigung aufgefaßt haben. Unter magistratus versteht er also Personen, die nicht im eigenen, sondern im fremden Namen die oberste Gewalt ausüben. Von Karl dem Großen sagt er, er habe haec munia ac dignitates niemals für Lebenszeit oder zu erblichem Recht verliehen, sondern habe sich stets das Recht der Abberufung und Neuernennung vorbehalten [2]). Dieser Zustand erscheint ihm gegenüber der Handhabung in der Folgezeit als der natürliche. Pufendorf hat mit diesem Satz zugleich das juristische Wesen des Beamtentums erfaßt, indem er nämlich klar und deutlich anerkennt, daß Beamte nicht zu eigenem Recht, sondern, um einen modernen Ausdruck zu gebrauchen, zu organischem Rechte mit einem Amte betraut sind. In der Übersetzung vom Jahre 1715 wird für diese Personen der neutrale Ausdruck „obrigkeitliche Person" verwandt. Bemerkenswert ist aber noch, daß in einer Hallenser Ausgabe vom Jahre 1714 für den Gebrauch des Thomasiusschen Kollegs sich zu § 5 Kap. V eine Anmerkung findet, in welcher auf die Streitfrage eingegangen wird, ob das Recht, magistratus zu ernennen, auch das Recht in sich begreife, diese Personen zu bestrafen und sie abzusetzen, ferner, ob eine solche Entsetzung willkürlich erfolgen könne. Dieses Problem war aber, wie Rehm gezeigt hat [3]), bis in die Zeit des Allgemeinen Landrechts und später das Kernproblem des Beamtenrechts im eigentlichen Sinne, dessen Lösung allein eng verflochten wurde mit der Frage nach der Natur des Innenverhältnisses des Beamten zum Staate. Der Zusammenhang in der Erörterung der Absetzbarkeit des Be-

[1]) Ebenso auch S. 60, Kap. III, § 2.
[2]) a. a. O. S. 62, § 3.
[3]) Annalen 1884, S. 576 ff.

amten mit der Frage des Hoheitsrechts der Ämterbesetzung zeigt, daß das Beamtenrecht mit dem Ämterrecht verknüpft wurde, so daß man Ämterrecht und Beamtenrecht gleichsetzen konnte. Die Amtsträger, magistratus, sind wesensgleich mit den Personen, welche später Beamte genannt wurden. Der Einwand, daß es sich bei den Erörterungen Chemnitzens und Pufendorf nicht um Beamte handele, sondern nur von dem Ämterrecht die Rede sei, würde daher nicht stichhaltig sein. Gleichwohl findet sich auch bei Pufendorf nichts über die Natur des Dienstverhältnisses der von ihm besprochenen Personengruppen.

3. Dasselbe eben berührte Problem findet sich auch bei Ludolph Hugo Kap. III und XXXIV: Similiter magistratus et iudicia constituere, et magistratus ex causa ab officio removere superioritatis territorialis est. Also auch Hugo befaßt sich in dem gleichen Zusammenhang mit dem gleichen Problem.

4. Einen wichtigen Fingerzeig vermag auch das Buch von Schweder zu geben. Schweder verwendet in seinem Buche „Introductio in ius publicum imperii Romano-Germanici novissimum" den Ausdruck „Beamter" für die Personen, welche oben bei Chemnitz und Pufendorf und auch bei Schweder selbst als magistratus bezeichnet werden. Er überschreibt das VIII. Kapitel seines Buches besonderer Teil Abschnitt I folgendermaßen: „de iure circa officia imperii. Die Macht, Reichsobrigkeiten und Beampte zu ordnen". In diesem Kapitel handelt er zuerst über die Erz- und Kurämter. Dann heißt es auf S. 358: „officia imperii caetera dividi possunt in civilia et militaria. Besetzung der Gerichte". Unter den Gerichten begreift er vornehmlich das Reichskammergericht und den Reichshofrat. Auf S. 359 spricht Schweder von den aulae suae officia und nennt dabei den Obristhofmeister. Auf S. 932 Caput VIII Pars II heißt es bei Erwähnung der Hoheitsrechte des Landesherrn: creatio magistratuum, eorundemque depositio ex auctoritatio. Die Personen, welche er hier behandelt, werden näher gekennzeichnet, indem er angibt, daß einige die Justiz verwalten: die Amtleute, Vögte, Schultheiße, Schöffen. Anderen liegt die administratio patrimonii publici ob: Verwalter, Einnehmer, Pfleger, Schösser. Im index capitum XIII pars specialis sectio II führt er das „ius magistratus ordinandi et ea causa exauthorandi Obrigkeiten und Beambten zu ordnen und bestellen oder abzusetzen".

Es ist schwerlich anzunehmen, daß Schweder im Gegensatz zu Chemnitz und Pufendorf unter Beamten im Reich auch die Kur- und Ersatzämter verstanden wissen wollte. Näher liegt es, daß er diese mit dem Ausdruck „Reichsobrigkeiten" treffen wollte, da ihr Amt zwar obrigkeitlicher Natur, aber immerhin erblich war und so ein erheblicher Unterschied zwischen den übrigen von ihn angeführten Personen besteht, die ausschließlich in fremdem Namen und auf Zeit die obrigkeitliche Gewalt ausübten. Demnach kann man also nur annehmen, daß er unter Beamten diejenigen Personen

verstanden hat, welche die Justiz und die öffentlichen Finanzen verwalteten und zwar in den Fürstentümern besonders in der Lokalinstanz, wie die angeführten Beispiele von Beamten in den Fürstentümern beweisen. Amtleute, Vögte, ebenso Verwalter, Einnehmer, Pfleger, Schösser u. a. sind ausgesprochene Lokalbeamte. Für das Reich zählt Schweder unter die Beamten auch die oberen Hofbeamten z. B. den Obristhofmeister. Dieser hat neben anderm am Hofe hauptsächlich auch polizeiliche Aufgaben zu erfüllen. Zu den Beamten zählt er auch die Reichsrichter. Es ist also der Schluß gerechtfertigt, daß Schweder als Beamte die Personen bezeichnet, welcher sich der Kaiser oder Landesherr zur Ausübung seiner Hoheitsrechte bedient, nämlich Justiz, Finanzen, Polizei, in den Ländern besonders in der Lokalinstanz. Davon, daß man zu dieser Zeit bei dem Dienstverhältnis dieser Personen an ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis gedacht hat, findet sich nichts bei Schweder; dies nimmt auch nicht Wunder, da um 1685, der Zeit des Erscheinens des Schwederschen Buches, das öffentliche Recht sich lediglich in den Hoheitsrechten des Monarchen erschöpfte und die Ämter verdinglicht gedacht wurden, so daß der Landesfürst als dominus officiorum erschien. Andere Erscheinungsformen des öffentlichen Rechts waren unbekannt. Über das Dienstverhältnis der Beamten und dessen Natur verbreitet sich Schweder nicht weiter.

5. Dasselbe, was sich aus dem Buche von Schweder ergibt, läßt sich aus dem Buche von Seckendorff „Teutscher Fürstenstaat" entnehmen, welches erstmalig um 1650 erschien. In diesem findet sich nichts, was auf die Möglichkeit eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses hindeuten könnte, trotzdem das Fürstendienerrecht eingehend behandelt wird. Ja, nach den Mustern am Ende des Buches, welche einige Formen der Anstellung von Beamten geben, erscheint das Dienstverhältnis der Diener des Fürsten ausgesprochenermaßen als privatrechtlich [1]). In diesen Verträgen versprechen beide Teile dem anderen gewisse Leistungen. Da man also das Dienstverhältnis nicht öffentlichrechtlich auffaßte, so mußte der Unterschied zwischen Beamten und gewöhnlichen Dienern anderswo gesucht werden, vorausgesetzt, daß man überhaupt einen Unterschied machte.

Es erscheint daher angetan, die Personen, welche von Seckendorff als Beamte bezeichnet, einer eingehenden Betrachtung zu würdigen, insbesondere auch auf ihr Außenverhältnis zum Untertanen hin. Denn wenn das Dienstverhältnis des Beamten sich nicht von anderen privatrechtlichen Dienstverhältnissen unterscheidet, so liegt es nahe, das kennzeichnende Merkmal der Beamteneigenschaft gerade in dem Außenverhältnis zu suchen. Es findet

[1]) Vgl. Rehm, Ann., S. 575f.; Isaacsohn, Bd. I, S. 6; Schmoller, Acta borussica, Behördenorganisation, I Einl., S. 32.

sich bei von Seckendorff eine Bestätigung des bereits bei Schweder Gesagten. Auf S. 30 § 12 sagt er, die herrschaftlichen Bedienten im Lande seien nicht „eigentlich Untertanen, sondern vielmehr Werkzeuge, dadurch die erblichen Untertanen regiert werden". Vornehmlich unter Beamten versteht von Seckendorff die Ortsobrigkeiten in Diensten des Landesherrn, insbesondere aber die Verwalter der Domänenämter mit allen Regierungsfunktionen, die dazu gehörten. Dies ergibt sich aus zahlreichen Stellen. Auf S. 244, § 6 heißt es: „einem jeden Beamten, der zu diesen Gerichtssachen (nämlich unmittelbare über alle Untertanen, der Städte und Ämter) bestellt ist, werden gewisse Personen zu Protokoll oder Schreiberei zugeordnet (Amtsschreiber, Amts- oder Landrichter, Gerichtsknechte usw.)". Auf S. 250 werden die Beamten als nicht gelehrte Personen bezeichnet. Da man das Hofgericht und die Kammergerichte mit gelehrten Richtern zu besetzen pflegte, so ergibt sich daraus, daß unter den Beamten die Richter der niederen Gerichte zu verstehen sind, überhaupt die Verwalter der Ämter, d. h. der fürstlichen Domänen. S. 275 ff., § 12: „Solche Beamten sind nach ihrer Bestellung schuldig, fleißige Nachfrage und Aufsicht auf alle obigen Punkte, insbesondere auch auf das Vornehmen der Nachbarn, auf fremde Personen zu haben und im Falle darin Mängel und Nachdenken vorfielen, solchen alsbald nach Gelegenheit zu begegnen, das Verbrechen zu strafen, Gewalt abzutreiben, oder da die Sachen zu schwer und wichtig wären, dem Landesherrn zu berichten". „Die vertrauten Räte ziehen zur Visitation in alle Ämter und Gerichte des Landesherrn umher und bescheiden die Beamten und Inhaber derselben vor". Auf S. 390, § 3 findet sich ein deutlicher Unterschied zwischen Bedienten von Herrschafts wegen und Arbeitern, Dienern und Aufsehern. Vielfach kommt der Ausdruck „der Beamte" vor, und der Zusammenhang zeigt, daß damit nur ein bestimmter Beamter gemeint sein kann und zwar der Verwalter der Ämter, also der Domänen, in Sonderheit als Verwalter der Justizhoheit. So auf S. 327, § 8, wo davon die Rede ist, daß „die Beamten und Gerichtshalter angewiesen werden, den Kirchenämtern in Sonderheit den Superintendenten hilfreiche Hand zu bieten. Kurz vorher heißt es, die Superintendenten führen eine geistliche Gerichtsbarkeit neben den weltlichen Beamten, wo wiederum nur die Justizbeamten in den Ämtern gemeint sein können, also die Verwalter der Domänenämter. S. 334, § 2, Nr. 7 heißt es, daß „die Beamten und Gerichtsverwalter über die Schulordnungen der niedere Schulen steif halten" und den Examen beiwohnen sollen. Ebenso kehrt auf S. 354 ff. ständig der Ausdruck Gerichtsherrn und Beamte wieder.

Von Beamten ist aber auch im Zusammenhang mit der Finanzverwaltung die Rede, so auf S. 373: „Bei Pächtern und Bestandsleuten muß durch die Beamten öfters getrachtet werden, daß sie den Pachtbriefen nachkommen". S. 383: „Zur Einbringung solcher

Gefälle (Tod- und Erbfälle, Bürden usw.) werden gewisse Beamten, Hühnerfäute und dergl. verordnet". Aus S. 384 ergibt sich, daß die Beamten auch den Grundzins von den Zinsleuten erheben. Bei der Behandlung der Steuern steht auf S. 504: „Nicht weniger wird auch an die Beamten und Befehlshaber über der Herrschaft eigene Untertanen eine solche Verordnung getan" (nämlich die Steuern zu erlegen und von den Untertanen einzubringen). Auch hier kann dem Sinn nach nur von den Verwaltern der Ämter die Rede sein. Sehr aufschlußreich sind die Bemerkungen auf S. 526 f. Danach wird für die Verwaltung der Ämter eine Person beordert, welche die anderen in Aufsicht hat: Amtsschreiber, Kellner, Kastner, Amtsvogt, Amtsrentenmeister, Amtsverwalter usw. „Die herrschaftlichen Beamten" werden zugleich zu der Justiz und landesherrlichen Botmäßigkeit und auch zur Einnahme und Ausgabe beordert. Es kommt aber auch vor, daß eine andere Person, Amtmann, Vogt oder Schöffe zu den Justizsachen, eine andere zu den Kammersachen, also zur Verwaltung der Finanzen bestellt wird. Die Justizbeamten sollen aber auf die herrschaftlichen Einkünfte achten und sind den Amtsschreibern, Kellnern und dergleichen Bedienten gewissermaßen vorgesetzt, „damit mit Zutun des Beamten die Einkünfte desto richtiger einkommen mögen". Weiter heißt es dann: „Die Unter- und Rechnungsbeamten werden an die Oberbeamten mit einem Handschlag gewiesen". Auf S. 528 f. ist von der Aufsicht der fürstlichen Kammer die Rede; ihr unterstehen erstens „alle Bedienten bei Hofe, welche mit den Finanzen zu tun haben, zweitens alle, welche zur Verwaltung der fürstlichen Intraden bestellt sind, drittens alle fürstlichen Beamten, soviel die mitanbefohlene Aufsicht und Handhabung des fürstlichen Kammerwesens belangt, oder durch sonderbare Befehle und in gewissen Stücken ein etwas von fürstlichen Intraden anvertraut ist, viertens die oben gedachten Amtsschreiber, Kellner, Kastner, welche über einen gewissen Bezirk Landes zur Beobachtung der fürstlichen Kammersachen, sonderlich auch der Herrschaft eigenen Gütern und Einkünften geordnet sind". Ferner wird in diesem Abschnitt ein Unterschied gemacht zwischen diesen Dienern und den Leuten und Gesinde, Taglöhnern usw. Auf S. 531 f. steht: „In den Ämtern führen die Kammerräte durch die Beamten ihre Aufsicht". S. 557: Der Ausdruck Beamte und Rechnungsbediente. S. 560: Verzeichnis der Beamten, Bedienten und Einnehmer. S. 576: Die vorgesetzten Beamten der Amtsschreiber. S. 581 wird beschrieben, daß an „Beamte aus dem Lande" Kommissionen ausgefertigt werden.

Aus diesen Beispielen ergibt sich, daß als Beamte, besonders in der Wendung „der Beamte", vorwiegend die Personen bezeichnet werden, welche Justiz und Polizei auf den Ämtern verwalten. Aber der Ausdruck wird auch verwandt auf die diesen Beamten untergeordneten Amtsschreiber, die eigentlichen Verwalter der fürstlichen Finanzen. Der Oberbeamte wird in der Regel als Amtmann

oder Vogt bezeichnet. Auffallend ist auch der häufig wiederkehrende Unterschied, der zwischen Beamten und Bedienten oder Beamten und Tagelöhnern gemacht wird. Während es nun für den „Beamten" oder Amtmann klar ist, daß er hoheitliche Funktionen ausübt, d. h. Justiz- und Polizei, erscheint dies bei den Amtsschreibern nicht so. Man sollte meinen, daß er als Verwalter der fürstlichen Domänen eigentlich nur für den Fürsten als Privatmann, also privatrechtlich tätig wird. Denn von Seckendorff behandelt die Domänen genau so wie die Güter der Landstände. Die Bestallungsformulare am Ende des Buches zeigen aber, daß auch die Finanzbeamten Hoheitsrechte des Landesherrn ausübten. Auf S. 808 f. wird eingehend die obrigkeitliche Tätigkeit des Amtmanns, die in Gerichtsbarkeit und Polizei bestand, geschildert. Auf S. 840 f. erweist sich dann als Inhalt der Tätigkeit des Amtsschreibers, also des Verwalters der herrschaftlichen Einkünfte, daß diese wesentlich in der Sicherung und Erhaltung der Finanzen bestehen, und zwar nicht nur der privatrechtlichen, sondern auch der hoheitlichen Finanzen (Regalien, Strafen, S. 847 f.). Als wichtigstes aber kommt hinzu, daß der Amtsschreiber der Stellvertreter des Amtmannes ist (S. 850). Er muß sich ferner zu der einen oder anderen Kommission in Amts- und Gerichtssachen gebrauchen lassen. Schon auf S. 244 § 6 wurde der Amtsschreiber unter den Personen aufgezählt, die den Gerichtsbeamten zu Protokoll oder Schreiberei zugeordnet sind.

Als Beamte bezeichnet von Seckendorff aber nicht nur die Domänenverwalter und Amtmänner, sondern auch einige Personen bei Hofe: Hofbeamte. Es handelt sich aber auch hier um obrigkeitliche Tätigkeit. Mit dem Oberhofbeamten ist gemeint der Hofmarschall oder Hofmeister, wie sich aus einer Vergleichung der auf S. 608 f. beschriebenen Tätigkeit der Oberhofbeamten und der Tätigkeit des Hofmarschalls auf S. 643 f. ergibt. S. 747 f. beweisen, daß die Tätigkeit des Hofmeisters zum großen Teil auch öffentlichrechtlicher, vornehmlich polizeilicher und gerichtlicher Art ist [1]). Es wird ein Unterschied gemacht zwischen Hofbeamten und Hofdienern (S. 742, 746), so wird den Hofbeamten eine Bestallung ausgehändigt, den „gemeinen Dienern" wird dagegen nur die Hofordnung vorgelesen. Unter dem Hofmeister stehen die Unterhofbeamten mit bestimmten Ressorts: der Unter- oder Gesindmarschall, Hofverwalter, Furierer, Küchenmeister, Burg- oder Hausvogt und dergl. (S. 756). Dies ergibt sich auch aus S. 746, wo es heißt, daß die Inventare unter Zuziehung der Unterhofbeamten revidiert werden sollen, im Vergleich mit dem auf S. 751 Gesagten, nach dem der Hofmeister alle Woche die Rechnungen annehmen soll und dazu den Untermarschall oder Hofverwalter zu Hilfe zu nehmen hat. Diese Unterbeamten üben die obrigkeitliche Tätigkeit des ihnen vorgesetzten Hofmeisters, des obersten Hofbeamten jeder auf seinem

[1]) Vgl. auch von Berg, Handb. Bd. III, S. 576 f.

Gebiet aus. Sie haben über Mißstände und strafbare Handlungen zu berichten, soweit sie nicht als geringfügig schon von ihnen erledigt werden können.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß einmal nach Auffassung von Seckendorffs die „Herrschaftsbedienten" die Werkzeuge sind, dadurch die erblichen Untertanen regiert werden. Er macht einen deutlichen Unterschied zwischen Beamten und Bedienten, der darauf hinweist, daß nach seiner Ansicht beide Personengruppen sich nur dadurch unterscheiden, daß die Beamten eben zur Regierungstätigkeit berufen sind, die gewöhnlichen Bedienten dagegen nicht. Dies kann auch gar nicht anders sein, da er das Dienstverhältnis der Beamten ebenso wie das der Bedienten privatrechtlich auffaßt und hierin also der Unterschied zwischen Beamten und Bedienten nicht liegen kann [1]). Dies zeigt sich bei den Beamten auf dem Lande, welche die Ämter des Fürsten verwalten, und bei den Hofbeamten. Was also bei Schweder zum Ausdruck kam, findet bei von Seckendorff seine Bestätigung.

V. Das Corpus Constitutionum Marchicarum.

Diese eben aufgezeigten Rechtsanschauungen sind aber nicht nur der Rechtswissenschaft der damaligen Zeit eigen, sondern finden auch ihren Niederschlag in dem damals geltenden Recht. Als Beispiel kann hierfür nur das preußische Recht angeführt werden. Dies genügt auch, da ja der Beamtenbegriff des Reichsstrafgesetzbuches auf das preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurückgeht und damit aus der preußischen Rechtsentwicklung erwachsen ist. Als Beispiel des damals geltenden Rechtes mag das Corpus Constitutionum von Mylius dienen.

1. Als älteste Vorschrift, die hier verwertbar erscheint, erweist sich das Edikt Johann Sigesmunds vom 21. 7. 1613. Es behandelt die Frage, vor wem die Beamten Recht zu nehmen haben. Es finden sich dort die Ausdrücke Haupt- und Amtleute, Kornschreiber, Zöllner und andere Beamte in der Neumark. Diese Beamten sollen sich der Regierung in ihren eigenen Justizsachen unterwerfen. Auf dieses Edikt wird später in der neumärkischen Kammergerichtsordnung vom 11. 12. 1700 verwiesen. Sie behandelt denselben Gegenstand und betrifft „die Landvögte, Verwesere, Haupt- und Amtsleute, Kastner, alle jede unsere Diener, welche wir in unseren Ämtern gebrauchen". „Es soll in der Beamten eigenen Sachen nach dem Edikt vom 21. 8. 1613 gehalten werden". Dieses Edikt und die neumärkische Gerichtsordnung finden sich im zweiten Teil, 1. Abteilung, S. 242. Ebenso kehrt der Ausdruck wieder im Edikt vom 12. 3. 1656 [2]). Es hat zum Inhalt, daß „Kommissare, Beamte und

[1]) Vgl. Rehm, Ann. 1884, S. 596 und Anm. 6.
[2]) III. Teil, 1. Abt., S. 41 a. a. O.

Magisträte" von den Soldaten und Offizieren nicht gekränkt werden sollen. Im Edikt vom 12. 3. 1685 heißt es [1]), die Lehnsschulzen sollen rechtzeitig die Lehen bei dem Beamten muhten und deshalb einen Muhtzettel nehmen. Es handelt sich hierbei um die Schulzengerichte, welche von den Ämtern zu Lehen gehen. Die Gelder sollen aber nicht den „Beamten", sondern der Hofrentei entrichtet werden. Ferner Edikt vom 28. Oktober 1692 wider den Vor- und Aufkauf und Ausfuhr des Getreydigs [2]): 1. „Prälaten, Domkapitulare, Geistliche, Ritterschaften, dem clero secundario unseren Beamten, auch Verwaltern und Arrendatoren, wie nicht weniger den Vasallen und Gutsherrn" wird untersagt, Getreide aufzukaufen. 2. Obrigkeiten, Beamte und Befehlshaber sollen den Bauern nicht die Einfuhr in die Stadt verbieten. 7. Denen, deren Amt und Würde Handlung zu treiben nicht gestattet, auch dem Adel, den Bedienten, Arrendatoren, Geistlichen, Predigern, Verwaltern, Schreibern, Schulzen, Richtern, Bauermeistern usw. wird verboten aufzukaufen. 8. Den Regierungen, Landvögten, Verwesern, Hauptleuten, Beamten, Magisträten, Fiskalen, Zollverwaltern, Land- und Zollbereitern wird befohlen, auf die Einhaltung der Verordnung zu achten.

In der Kammergerichtsordnung vom 1. 3. 1709 für die Mark Brandenburg Titel 11, § 3 steht am Rande der Ausdruck „Ämtersachen" [3]). Im § 3 heißt es dann: „Streitigkeiten zwischen den Beamten und den Rittern oder Städten, und deren Untertanen, sollen nicht vom Kammergericht, sondern vom Geheimrat entschieden werden". Ein Zirkular vom 16. 4. 1705 [4]) ist überschrieben: „Zirkular, was die Beamten bei dem Anbau der Amtsuntertanen beobachten sollen". Aus dem Patent vom 3. 8. 1709 mit der Überschrift [5]): „Patent, daß die Amtsuntertanen von den Beamten nicht übel zu traktieren" interessiert folgender Satz: „Demnach bei Seiner Königlichen Majestät in Preußen usw. von den Untertanen über die Traktament der Beamten und dergleichen Bedienten eine Zeithero vielfältig geklagt worden". Ein Edikt vom 24. August 1713 wegen der Handlung mit Getreydigs, Wolle und Viktualien usw. ordnet an [6]), daß „die vom Adel, die Beamten, Geistlichen, Pensionäre, Verwaltere und andere auf dem Lande und in den Dörfern Eingesessene sich aller Kaufmannschaft und bürgerlichen Hantierung gänzlich enthalten sollen". Auf die Innehaltung dieser Vorschriften sollen „die Bedienten, absonderlich die von den Zöllen, Akzise und die Land- und Ausreiter" Acht geben. Die Verordnung vom 2. 6. 1714 [7]) zeigt deutlich, daß unter den Beamten die lokalen Ver-

[1]) II. Teil, 5. Abt., S. 41 a. a. O.
[2]) V. Teil, 2. Abt., S. 111 a. a. O.
[3]) II. Teil, Abt. 1, S. 381.
[4]) IV. Teil, Abt. 2, S. 155.
[5]) IV. Teil, Abt. 2, S. 161.
[6]) V. Teil, Abt. 2, S. 42.
[7]) I. Teil, Abt. 1, S. 511.

walter landesherrlicher Hoheitsrechte gemeint sind: danach ist für alle höheren und niederen Zivilbedienten generell in einem allgemeinen Gebet zu beten. Die Spezialbenennung der Kollegien, ihrer Chefs wie auch der Hauptleute, Droste und „Beamte" auf dem Lande ist abzustellen. Ebenso die Verordnung vom 18. 3. 1718 [1]) mit der Überschrift: „Wie es mit der in den oder vor den Städten wohnenden Amtshauptleuten, Beamten oder Forstbedienten Konsumptionsfreiheit gehalten werden soll". Ferner Reskript vom 21. 9. 1724 [2]), nach dem gegen „Beamte" ohne Vorwissen der Kriegs- und Domänenkammer nicht vollstreckt werden soll. Das Reglement vom 28. 8. 1728 [3]) schreibt vor, was „die Beamten, denen fructus iurisdictionis verpachtet sind, zu achten haben". Daß es sich hier um den Verwalter staatlicher Hoheit in den Ämtern handelt, ergibt sich aus dem weiteren Inhalt des Reglement, in dem der Ausdruck „Ämter" wiederholt wiederkehrt. Besonders häufig kommt der Ausdruck in Teil IV, Abt. 2, Kap. 3 vor, welches von den Domänen, Pacht- und Ämtersachen handelt. Einige Beispiele: das Edikt vom 29. 12. 1736 [4]) mit der Überschrift „Wie sich die vom Adel, Beamten, Arrendatores, Eingesessene und Untertanen wegen der Akzise in den Städten künftig verhalten sollen". Ferner Edikt vom Erbpacht und dessen Einrichtung vom 28. 2. 1705 [5]), wo in Nr. 16 ein Unterschied zwischen den Beamten und Erbpächtern gemacht wird. Die Beamten dürfen danach auch Vorwerke in Erbpacht nehmen. Zu beachten ist auch das Reglement vom 24. 7. 1733, welches die Einrichtung der Registraturen bei den königlichen Ämtern in der Kurmark zum Gegenstand hat.

Über das Innenverhältnis aller dieser Personen findet sich im Corpus Constitutionum nichts. Man geht nicht fehl, wenn man seine Ausgestaltung so wie die Muster bei von Seckendorff, der ja auch in preußischen Diensten stand, es zeigen, als privatrechtlich auffaßt. Rehm [6]) hat in seiner Untersuchung über den Staatsdienst im einzelnen gezeigt, daß zu jener Zeit selbst bis nach Erlaß des allgemeinen Landrechts das Dienstverhältnis der „Staatsdiener" als privatrechtlich aufgefaßt wurde. Lediglich über die rechtliche Konstruktion dieses privatrechtlichen Dienstverhältnisses bestanden allerdings sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten.

2. Wie dieser Gebrauch der Bezeichnung „Beamter" zu deuten ist, gibt Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten. Man könnte auf die Idee kommen, daß nach dem Gebrauch des Wortes Beamter im Corpus Constitutionum darunter nur Verwalter patrimonialer Rechte verstanden werden oder gar Pächter solcher Rechte. Es ist

---

[1]) Teil IV, Abt. 3, S. 259.
[2]) Teil II, Abt. 1, S. 741.
[3]) Teil II, Abt. 3, S. 149.
[4]) a. a. O. S. 447.
[5]) Teil IV, Abt. 2, S. 151 f.
[6]) Ann. 1884, S. 575 ff.

daher nötig, auf die geschichtliche Entwicklung der Stellung und Tätigkeit dieser Beamten einzugehen.

Die Lokalverwaltung ruhte in den ältesten Zeiten in den Händen des Vogts, der Gerichtsbarkeit und Polizei namens des Landesherrn ausübte [1]). Da die Exemtionen der Landstände immer mehr zunahmen, schrumpfte das Gebiet der vogteilichen Tätigkeit damit mehr und mehr ein. Schließlich beschränkte es sich nur noch auf die landesherrlichen Domänen, die sogen. Ämter. Im übrigen bestand nur eine mediate Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt, die aber nicht dem Vogt zustand. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts zog man deshalb die Konsequenz aus dieser Entwicklung. Der Vogt wurde zum Amtshauptmann, der in den Ämtern die Gerichtbarkeit und Polizeigewalt ausübte, aber daneben in großem Umfang die finanzielle Verwaltung der Domänen und landesherrlichen Regalien führte [2]). Schon vorher allerdings hatte man die Vögte vielfach als Amtsleute bezeichnet, weil sie zugleich mit ihrer vogteilichen Tätigkeit auch die der Ämterverwaltung ausübten [3]). Nach dem Vogt oder Amtshauptmann verrichtete der Kastner oder Amtsschreiber (Kornschreiber) die landesherrlichen Geschäfte [4]). Unter Joachim I. wurde zwar der Versuch gemacht, die Ämter zu verpachten; dies änderte aber an der Stellung der Amtshauptleute nichts, sie blieben vielmehr landesherrliche Beamte; lediglich die finanzielle Verwaltung der Domänen erhielt ein anderes Gepräge [5]).

Diese Beschränkung der Gerichtsbarkeit hatte aber nicht, wie Bornhak sagt [6]), den Charakter, daß man die Gerichtsbarkeit in den Ämtern als patrimoniale Gerichtsbarkeit des Landesherrn als Großgrundbesitzers auffaßte. Dies taten lediglich die Stände, um so den Landesherren in einigen Punkten als ihresgleichen hinzustellen. In Wirklichkeit ist das, was Brunner über diese Entwicklung bemerkt, zutreffend [7]). Sämtliche von den Landesherren ausgeübten Hoheitsrechte habe man zum Begriff der obrigkeitlichen oder Staatsgewalt zusammengefaßt. Dies war ja gerade das Neue, gegenüber dem mittelalterlichen Staat [8]). Der Unterschied zwischen der ständischen und der absoluten Monarchie ist demgegenüber viel flüssiger. Dies findet seine Erklärung darin, daß der Übergang von der einen zur anderen durch schrittweise Erweiterung der Hoheitsrechte des Landesherrn erfolgte. Die Idee der Obrigkeit dagegen war beiden Entwicklungsstufen gemeinsam. Im wesentlichen läuft der Unterschied juristisch auf die Entwicklung des Begriffs

---

[1]) Isaacsohn a. a. O., I, S. 50 f.
[2]) Isaacsohn a. a. O., S. 60 f.; Bornhak I, S. 130 f.
[3]) Isaacsohn a. a. O., S. 47.
[4]) Isaacsohn a. a. O., S. 63 f.
[5]) Bornhak a. a. O., Bd. I, S. 133 f.
[6]) a. a. O. S. 131; ferner Gerber a. a. O., S. 16.
[7]) Grundzüge, S. 157 f. auch S. 257.
[8]) Vgl. Pütter a. a. O., lib. V, Cap. I, § 192, S. 210 und 212.

des ius eminens hinaus [1]). Die Auffassung, daß auch die Gerichtsbarkeit in den Ämtern landesherrliche Gerichtsbarkeit sei, liegt also gerade im Wesen der Zeit, die eine zunehmende Konsolidierung der landesherrlichen Gewalt aufweist. Zur Zeit des allgemeinen Landrechts war diese so weit fortgeschritten, daß man sogar die patrimoniale Gerichtsbarkeit der Stände als landesherrliche auffaßte, welche die Stände mit Bewilligung des Landesherrn ausübten [2]).

Nach der Regierung Joachims I. wurde die Verpachtung der Domänen wieder aufgegeben zugunsten der unmittelbaren Verwaltung. Erst unter dem Großen Kurfürsten wurde die Zeitpacht wieder eingeführt. An die Stelle der Amtshauptleute traten nunmehr die Domänenpächter [3]), aber auch nur in der Mark Brandenburg und in den mittleren Provinzen. In Preußen bestand vielfach noch das alte System fort, und in Cleve-Mark hatte man Amtshauptleute und Drosten, die trotz der Verpachtung der Domänen die Gerichtsbarkeit ausübten.

Im Jahre 1727 wurde die Generalpacht in Preußen eingeführt. Der Generalpächter hatte ebenso wie früher der Amtshauptmann die Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt über die Untertanen. Es bürgerte sich für ihn die Bezeichnung „der Beamte" ein [4]). Die landesherrliche Lokalgewalt ging also infolge dieser Regelung nicht auf die Kreisverwaltung über, vielmehr traten an die Stelle der Amtshauptleute die oben genannten Domänenpächter, die insoweit landesherrliche Beamte waren. Die Bemerkung Isaacsohns über die Aufhebung der Amtshauptmannschaften infolge ihrer Bedeutungslosigkeit [5]) steht daher nicht in Widerspruch zu dem oben Gesagten. Darauf deutet die Bemerkung von Moser hin, der diese Regelung in seinem „Staatsrecht" als Beseitigung der „Oberbeamten" auffaßt [6]).

Man darf aus dieser Entwicklung nicht etwa den Schluß ziehen, daß den Domänenpächtern die Gerichtsbarkeit verpachtet wurde [7]). Die Anschauung, daß die Gerichtsbarkeit verpachtet werden kann, ist dem deutschen Rechte überhaupt fremd; was verpachtet werden konnte, waren die Früchte der Gerichtsbarkeit, die Gerichtsgefälle. Die Gerichtsbarkeit als Hoheitsrecht war dagegen unveräußerlich und könnte höchstens zu Lehen gegeben werden. Es ist daher auch an den einschlägigen Stellen stets von einer Verpachtung der „fructus iuridictionis" die Rede, so im Reglement vom 28. 8. 1728 [8]).

---

[1]) Vgl. Jellinek a. a. O., S. 79.
[2]) Vgl. von Berg, Handbuch Bd. I, S. 24 f.
[3]) Bornhak a. a. O., S. 393, Bd. I, ferner S. 379; Bd. II, S. 30 u. 34; vgl. auch Edikt v. 28. 2. 1705, CCM, S. 151 ff., Teil IV, Abt. 2.
[4]) Bornhak a. a. O., Bd. II, S. 98 f.
[5]) a. a. O. Bd. II, S. 2 f.
[6]) a. a. O. Von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt, S. 149.
[7]) Gerber a. a. O., S. 16, Gegen diese Anschauung; Schmoller in Acta Borussica. Behördenorganisation, Bd. I, S. 125 der Einleitung.
[8]) CCM, Teil II, Abt. 3, S. 149.

In der oben geschilderten Weise erscheinen die Beamten als Verwalter landesherrlicher Hoheitsrechte im CCM besonders im Edikt vom 28. 10. 1692, wo sie polizeiliche Funktionen auszuüben haben. Ferner nach der Kammergerichtsordnung vom 1. 3. 1709, Edikt vom 12. 3. 1656, Edikt vom 12. 3. 1685. Für die ältere Zeit vor Einführung der Zeitpacht in den Ämtern beweist das Edikt vom 21. 8. 1613, auf das die neumärkische Kammergerichtsordnung zurückgreift, die oben aufgestellte Behauptung, daß unter Beamten die Verwalter landesherrlicher Hoheitsrechte zu verstehen sind. Die Neumärkische Kammergerichtsordnung ferner beweist, daß auch um 1700 noch landesherrliche Bediente in den Ämtern existierten und nicht alle Verwaltung allein von den Domänenpächtern geführt wurde. Weiter sei noch auf das Patent vom 3. 8. 1709 verwiesen, wo die Rede ist von den Beamten und „dergleichen Bedienten", und wo sich aus der Überschrift ergibt, daß es sich um Ämtersachen handelt. Daraus läßt sich entnehmen, daß die Worte „Beamter" und „Bedienter" nicht gleichbedeutend sind, daß aber die Beamten auch zu den Bedienten zählen, und nicht etwa zu Lehnsleuten [1]).

VI. Zusammenfassung des bisherigen Ergebnisses.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung läßt sich nun über den Beamtenbegriff des behandelten Zeitabschnittes sagen, daß das Innenverhältnis der Personen, die als Beamte bezeichnet wurden, rein privatrechtlich aufgefaßt wurden. Dies ist nicht verwunderlich; denn nach dem damaligen Standpunkt der Rechtswissenschaft konnte der Begriff und auch nur die Erscheinungsform des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses, also eines besonderen Gewaltverhältnisses öffentlichrechtlicher Art, nicht entstehen. Das öffentliche Recht erschöpfte sich in dem System der materiellen Hoheitsrechte. Alle Befugnisse des Staates, d. h. des Monarchen, leiteten sich aus irgendeinem Hoheitsrechte ab. Es ist daher auch sehr gefährlich, etwa äußerlich gleichartigen Erscheinungen des damaligen Rechts bei der ganz anderen geistigen Grundlage mit Mitteln moderner Interpretation beikommen zu wollen. Sicherlich nahm das privatrechtliche Dienstverhältnis bei seiner praktischen Durchführung seitens des Staates Formen an, die äußerlich dem heutigen öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis in vielem ähneln mögen. Das liegt in der Natur der Sache, nämlich der Übertragung einer hoheitlichen Tätigkeit auf eine Privatperson, die natürlich eine weitgehende Kontrolle der Ausübung dieser Tätigkeit erforderlich machte. Für die Erfassung des juristischen Wesens des damaligen Beamtentums läßt sich hieraus nichts gewinnen. Daß man das privatrechtliche Dienstverhältnis der „Beamten" in die verschiedenen schon be-

[1]) Siehe Seite 21.

kannten Formen möglicher Dienstverhältnisse einzukleiden versuchte, also mandatum, precarium, Leihe usw., hat Rehm in seiner Untersuchung über die Geschichte des Staatsdienstes gezeigt [1]). Daraus ergibt sich schon eines als sicher, daß nämlich der Lehnsträger keinesfalls in dieser Eigenschaft „Beamter" war. Hier zeigt sich das Neue gegenüber dem mittelalterlichen Recht, daß das schwerfällige und den Bedürfnissen der entstehenden Landesherrlichkeit wenig genügende Lehnsrecht auf dem Gebiete des Staatsdienstes abgelöst und durch die bewegliche Reform eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses ersetzt wurden. Der Landesherr wurde dadurch gegenüber den Ständen freier, die Beamten wurden von ihm abhängiger, die Ausübung der Staatsgewalt schlagkräftiger. Kurzum, es wurde so der Nährboden für den modernen Staat geschaffen. Mit dieser Kennzeichnung ist aber der damalige Beamtenbegriff noch nicht festgelegt.

Als wesentlich erscheint nach der Rechtsanschauung der betrachteten Zeit die Übertragung des Amts. Dies ergibt sich aus dem Ausgangpunkt aller Erörterungen des Beamten- bzw. des Ämterrechts, nämlich aus dem Hoheitsrecht der Ämterbesetzung, dem ius circa officia. Die bei von Seckendorff beobachtete Form von Anstellungsverträgen hat denn auch stets die Übertragung eines Amts zum Inhalt. Ferner ließ sich zeigen, daß unter Beamten die Personen begriffen wurden, die in einem Dienstverhältnis nicht lehnsrechtlicher Art (privatrechtlichen Dienstverhältnis) staatliche Hoheit ausübten. Im Reich wurden alle diese Personen Beamte genannt, insbesondere auch die Richter am Reichskammergericht, obrigkeitlich tätige Hofbeamte usw. In den landesherrlichen Gebieten verstand man dagegen unter Beamten besonders die Verwalter der staatlichen Hoheit in den „Ämtern", d. h. in der Lokalinstanz, aber auch die höchsten Hofbeamten, die obrigkeitlich tätig wurden. Damit ist der Beamtenbegriff dieser Zeit so fest umgrenzt, als es möglich ist. Über den strafrechtlichen Beamtenbegriff läßt sich noch gar nichts sagen; er war mit dem oben wiedergegebenen Beamtenbegriff identisch, soweit überhaupt beamtenstrafrechtliche Bestimmungen vorhanden waren. Diese bezogen sich im wesentlichen auf die schon dem römischen Recht bekannten Bestimmungen über Bestechung, Amtserschleichung und damit zusammenhängende Gebiete [2]).

Welche Beziehungen zwischen diesem Beamtenbegriff und unserem heutigen bestehen, läßt sich natürlich an dieser Stelle noch nicht erörtern, da der strafrechtliche Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts und des Strafgesetzbuches erst gefunden werden sollen. Eine Bemerkung sei jedoch zu den Ausführungen erlaubt, die Hochheiser über die Ausgestaltung des Dienstverhältnisses der oben

[1]) Annalen 1884, S. 582 ff.
[2]) Vgl. darüber von Liszt-Schmidt, S. 815, § 178, II.

gedachten Beamten zu dem Monarchen als einer rein persönlichen Beziehung zu ihm macht [1]). Dieses ist nämlich nach Hochheiser der Hauptunterschied zwischen den damaligen als Beamte bezeichneten Personen und den heutigen Beamten, die nicht in einem persönlichen Dienstverhältnis zum Staatsoberhaupt stehen. Er weist eine persönliche Beziehung im einzelnen an den Reichshofrichtern und den Richtern des Reichskammergerichts nach. Diese Behauptung Hochheisers steht mit einer anderen in Zusammenhang, nach welcher Beamte im heutigen Sinne erst zu einem Zeitpunkt vorhanden waren, als ein Staatsbegriff existierte, wobei der Staat als Körperschaft gedacht wurde. Der Staatsbegriff in diesem heutigen Sinne fehlte zweifellos dem oben betrachteten Zeitabschnitt. Die Beziehungen der Beamten zum Monarchen konnten daher nur als rein persönliche rechtlich konstruiert werden. Der Satz, daß deshalb Beamte im heutigen Sinne erst mit dem Vorhandensein des heutigen Staatsbegriffs existent geworden sind, weil damit erst die Möglichkeit einer Beziehung der Beamten zum Staat gegeben war, ist aber schwerlich richtig. Für das Vorhandensein von Staatsbeamten im heutigen Sinne genügt schon das Vorhandensein eines Staats, nicht erst das klare Bewußtsein von der körperschaftlichen Natur des Staats. Ein Staat war nun zu jener oben betrachteten Zeit sicher vorhanden, das Reich, aber auch die Territorien, waren Staaten. Bei letzteren ist diese Frage nicht so leicht zu beantworten; dies liegt in der Natur des damaligen Staatsrechts begründet. Der Staat erschien nur damals als mit dem Monarchen identifiziert, oder präziser als das Objekt der im Monarchen versammelten Machtfülle. Es bedeutet daher ein Handeln im Namen dieser Machtfülle in der Form der Vertretung des Monarchen, eben eine organschaffliche Vertretung des Staates. Der Beamte als Vertreter des Monarchen war also für die damalige Zeit gleichbedeutend mit dem Beamten als Vertreter des Staates. Der Dienst für den Monarchen bedeutete Dienst am Staat. Daß diese Rechtsstellung des Beamten in das rechtliche Gewand einer persönlichen Vertretung des Monarchen gekleidet wurde, ist nicht erheblich. Nach dem juristischen Wesen dieser Betrauung mit der Ausübung der Staatsgewalt handelt der Beamte ebenso wie der Monarch als Organ des Staates, obwohl man sich dessen nicht bewußt war. Wesentlich ist also nicht ein ausgesprochenes Dienstverhältnis zum Staate, da der Staatsbegriff fehlt, ja kaum der Name „Staat" vorhanden ist, sondern wesentlich ist allein das Vorhandensein der Idee der Obrigkeit als Gegensatz zum Gedanken des Lehnsstaates [2]). Dadurch, daß Monarch und Beamter in den Dienst der Idee der Obrigkeit traten, ist der organschaftliche Zusammenhang auch des Beamten mit dem Staate gegeben. Das persönliche Verhältnis des Beamten zum Monarchen

---

[1]) a. a. O. S. 48.
[2]) Vgl. von Stein, Verwaltungslehre, I, S. 210 ff.

erscheint daher nur als unvollkommener Ausdruck des Dienstverhältnisses des Beamten zum Staat. Erwähnenswert ist es in diesem Zusammenhang auch, daß trotz der organschaftlichen Stellung der Richter diese bis zur Revolution von 1918 im Namen des Königs Recht sprachen. Es ist niemand auf den Gedanken gekommen, etwa auf Grund dessen die organschaftliche Stellung der Richter zu leugnen. Dieses Ergebnis der Erörterungen steht auch mit dem geschichtlichen Wesen des Beamtentums, von dem man doch auch nicht ganz den Beamtenbegriff trennen kann, in Einklang. Geschichtlich und soziologisch erscheint als Wesen des Beamtentums die für den Staat bestehende Notwendigkeit, in Ausübung seiner Hoheitsrechte von ihm tatsächlich und rechtlich völlig abhängige Diener zu haben, die im Gegensatz zu Vasallen und Ministerialen des Lehnsstaates im übrigen frei waren [1]). Das Staatsoberhaupt und Beamte einende Band ist die Idee der Obrigkeit, die, religiös begründet, einen organschaftlichen Zusammenhang zwischen Untertanen, Beamten und Monarchen schafft [2]). Diese Tatsachen sind es denn auch, die allgemein als Wurzel des Beamtentums der Neuzeit aufgefaßt werden [3]).

Diesen Darlegungen kann man nicht entgegenhalten, daß sie unjuristisch und nur etwa soziologisch sind. Eine scharfe Trennung juristischer und soziologischer Begriffe, wie sie G. Jellinek vorgeschwebt hat, ist vielfach gar nicht möglich, wenn man sich im Gegensatz zu Georg Jellinek auf den Standpunkt stellt, daß die Soziologie keine Kausalwissenschaft ist, sondern eine normative. Auf dieses Problem kann natürlich im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden.

VII. Die Rechtslehre zur Zeit der Entstehung des Allgemeinen Landrechts.

Der Gebrauch des Wortes Beamter und die Vorstellung, die man damit verband, hat im 18. Jahrhundert eine Erweiterung erfahren, die schließlich dahin führte, ganz allgemein und unterschiedslos alle Staatsbedienten als Beamte zu bezeichnen. Der Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts soll hier noch nicht erörtert werden. Vorerst bedarf es einer Beleuchtung der Rechtslehre der Zeit des Allgemeinen Landrechts auf die gestellte Frage hin. Eine Rechtfertigung dieser Methode ist kaum vonnöten, da sie in der Rechtsgeschichte allgemein üblich ist. Das Allgemeine Landrecht, das sich doch gerade auf öffentlichrechtlichem Gebiete von unseren heutigen Rechtsanschauungen recht beträchtlich unter-

[1]) Brunner, Grundriß, S. 154, 156 f.
[2]) Vgl. für den hier betrachteten Zeitabschnitt die Darlegungen bei von Seckendorff, Kap. I, § 6 anderer Teil.
[3]) Rehm, Annalen 1884, S. 568 ff.

scheidet, kann nur aus dem Geiste seiner Zeit heraus verstanden werden. Mit formaler Wortinterpretation ist hier wenig geholfen und ebensowenig mit unseren heutigen Rechtsbegriffen des öffentlichen Rechts, die doch wesentlich am konstitutionellen Verfassungsstaat erwachsen sind. Eine solche Methode, wie sie hier geübt werden soll, ist gänzlich unentbehrlich, wenn es sich zeigt, daß das Allgemeine Landrecht keinesfalls in klarer Weise von den Rechtsgedanken seiner Zeit, soweit das vorliegende Thema in Rede steht, abweichen wollte.

1. Als erster ist hier Johann Heinrich Gottlob von Justi zu erwähnen, der mit seinem etwa um 1750 erschienenen Buche „Staatswirtschaft" zwar nicht ausgedehnt das Beamtenrecht behandelt, überhaupt mehr nur staatswissenschaftliche als rechtliche Untersuchungen geben will, aber dessen Darlegungen doch einen Anhalt für den Gebrauch des Wortes „Beamter" und darüber hinaus für das juristische Wesen des Beamtentums sein können. Hier läßt sich zeigen, daß Justi unter Beamten noch dieselben Personen versteht wie Schweder, von Seckendorff und das CCM. Er spricht von dem Justizbeamten in den Domänen, deren wichtigste man Ämter nenne, und führt dann weiter an, daß dieser die Aufsicht über die Rechnungs- und Wirtschaftsbeamten habe [1]). Ihm sind Aktuare, Kopisten und andere Unterbediente beigeordnet. Den Justizbeamten nennt Justi Amtmann. Weiter unterscheidet er die „Wirtschaftsbeamten", die er Rentmeister, Amtsverwalter, Amtsschreiber und ähnlich nennt, von den geringen Wirtschaftsbedienten, die er nicht als Beamte bezeichnet [2]). Die Unterobrigkeiten, von denen er sagt, daß sie auf Verbrechen in ihrer Gerichtsbarkeit Acht zu geben haben, nennt er Beamte [3]). Er spricht darüber hinaus auch von Bergwerksbeamten, unterscheidet sie aber von den Bergbedienten; denn er erwähnt ausdrücklich, daß die Anwärter auf die Bergbeamtenstellen, ehe sie in diese einrücken, eine Zeitlang als Bergbediente arbeiten und erst später Bergbeamte werden [4]). Er versteht daher wohl unter Bergbeamten solche, die das Bergregal hoheitlich verwalten. Der Ausdruck Beamter wird also auch auf weitere Kreise von Lokalbeamten ausgedehnt. Über die Rechtstellung dieser Beamten im Innenverhältnis zum Staate sagt das Justische Buch nichts. Um so mehr läßt sich dafür über das Außenverhältnis finden, d. h. über die Frage, welcher Art die Tätigkeit und die Rechtstellung des Beamten gegenüber den Untertanen nach damaliger Anschauung erscheint.

Bei all diesen Beamten ist nie davon die Rede, daß sie patrimoniale Rechte des Landesherrn verwalten. Die Domänen erscheinen im Gegenteil ausdrücklich als Staatseigentum, und der Monarch

---

[1]) a. a. O. S. 112.
[2]) a. a. O. S. 114.
[3]) a. a. O. Bd. 1, S. 146, § 118.
[4]) a. a. O. S. 246, § 240.

hat aus naturrechtlichen Erwägungen das Recht, aber auch die Pflicht, dieses für das Staatsganze zu verwalten [1]). Trotzdem sollte man vermuten, daß Justi die Tätigkeit der Wirtschaftsbeamten als lediglich privatrechtliche auffaßt. Einige Stellen in seinem Buche belehren uns eines besseren. Auch die Wirtschaftsverwaltung faßt er als Ausübung eines Hoheitsrechts auf [2]). „Die höchste Gewalt besteht in dem Gebrauch des Gesamtvermögens und der Kraft des Staates, um dadurch den Endzweck desselben, nämlich die gemeinschaftliche Glückseligkeit, zu erreichen; denn man würde die höchste Gewalt viel zu eng auffassen, wenn sie allein in Gesetzen, Verordnungen, Bestrafungen und dergleichen bestehen sollte. Zu dem Vermögen und den Kräften des Staates gehören aber nicht nur alle Arten von Gütern, sowohl bewegliche als unbewegliche, die in dem Lande vorhanden sind, sondern auch alle Fähigkeiten und Geschicklichkeiten derer in der Republik befindlichen Personen, ja die Personen selbst. Der vernünftige Gebrauch dieser Dinge also und die Befugnis dazu ist die oberste Gewalt." An einer anderen Stelle heißt es ganz ähnlich, das bereiteste Vermögen des Staates bestehe in demjenigen Teil der Nutzungen von dem gesamten Vermögen des Staats, welchen der Regent „vermöge der Rechte der obersten Gewalt" aus ihm ohne Verletzung der Substanz zieht [3]). Genau dasselbe sagt auch Daries in seinem Buche „Institutiones iurisprudentiae" (1757): „ius de bonis publicis disponendi inter iura majestatica referendum est" [4]). Zu den Gütern, aus denen Nutzungen kraft der Rechte der obersten Gewalt gezogen werden, gehören auch die Domänen, obwohl Justi selbst sagt, daß die Domänen im privaten Eigentum des Staates stehen. Auf die Domänen als die vornehmste Quelle der Staatseinkünfte sei der Staat gegründet. Den Gütern hafte daher von vornherein der Staatszweck an [5]). Im Gegensatz dazu, stünden die Patrimonialgüter im gewöhnlichen Eigentum des Monarchen. Es erscheine daher als ein besonderes Hoheitsrecht des Monarchen, das Staatsvermögen zu nutzen, da ihm ja der Staatszweck anhafte. Es besteht also, wie man sieht, ein Hang, die Natur der Hoheitsrechte aus ihrer Zweckbestimmung herzuleiten, der sich in dieser Epoche der Rechtsentwicklung häufig findet. Die formale Auffassung vom öffentlichen Recht war der damaligen Zeit fremd. Landeshoheit war Verwirklichung des Staatszwecks. Dies wird für die vorliegende Arbeit noch zu wichtigen Schlußfolgerungen führen.

Man könnte hier einwerfen, warum denn Justi überhaupt einen Unterschied zwischen Wirtschaftsbeamten und niederen Wirtschaftsbedienten macht, da doch beide gleichermaßen der Erfüllung der

---

[1]) Bd. 1, S. 93, 97 f., 100 f.
[2]) Bd. 1, S. 48, § 19.
[3]) Bd. 2, S. 20, § 12.
[4]) a. a. O. S. 394 f.
[5]) a. a. O. S. 97 f.

Staatszwecke dienen. Dieser Einwand erscheint in der Tat berechtigt, kann aber an der Richtigkeit der obigen Darlegung nicht zweifeln machen. Der scheinbare Widerspruch läßt sich nur so lösen, daß man annimmt, Justi habe, wenn er von den niederen Wirtschaftsbedienten spricht, das Gewicht besonders auf das Wort „niedere" gelegt, so daß er damit andeuten wollte, daß die rein mechanische und untergeordnete Tätigkeit dieser Bedienten eben bewirke, daß sie nicht mehr zu den Beamten gezählt werden können [1]). Ob diese Justische Auffassung richtig ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, da es ja lediglich darauf ankommt, die Ansicht Justis wiederzugeben, um daraus etwas auf die Rechtsanschauungen der damaligen Zeit schließen zu können. So viel ergibt sich jedenfalls aus dem Justischen Buche, daß nach Justis Ansicht auch die Wirtschaftsbeamten Hoheitsrechte des Monarchen ausüben.

2. Etwas weiter faßt bereits Moser um 1772 den Kreis der Personen, welche er als Beamte bezeichnen will. Er versteht darunter alle Personen, welche unter dem Landesherrn und den Kollegien die örtlichen Angelegenheiten besorgen [2]). Danach haben die Kollegien nur die etwas wichtigeren Sachen zu besorgen, und über andere die Obsicht. Da sie und deren Mitglieder nicht aller Orten gegenwärtig sein können, entstehe die Notwendigkeit, „Beamte" zu haben, welche teils die geringeren Sachen behandeln, teils die von dem Landesherrn und dessen Kollegien an sie ergehenden Befehle vollstrecken. Da der Abschnitt überschrieben ist: „Von der Landeshoheit im Weltlichen", so lassen sich schon daraus gewisse Rückschlüsse darauf ziehen, daß Moser die Tätigkeit dieser Beamten auch als hoheitliche aufgefaßt wissen wollte. Genau im alten Sinne gebraucht er den Ausdruck „Beamter" an einigen Stellen, wo der Zusammenhang ergibt, daß der Justizbeamte in den Ämtern gemeint ist [3]). Er dehnt die Bezeichnung aber auch auf die Forst-, Berg- und Polizeibeamten aus. An anderer Stelle heißt es dann nochmals, daß Beamte angeordnet werden, welche das zur Landesregierung Benötigte besorgen, soweit der Regent und die Kollegien es nicht selbst tun können [4]). Unter Landeshoheit versteht Moser die Regierung eines Landes [5]). Regierung ist aber einfach Staatsverwaltung und damit nach Moser hoheitliche Tätigkeit. Man könnte den Satz auch umkehren und sagen, unter Regierung sei die Ausübung der Landeshoheit zu verstehen.

Die kurzen Bemerkungen Mosers über die Beamteneigenschaft zeigen also, daß er unter Beamten die lokalen Regierungsbeamten

---

[1]) Diese Anschauung ist noch bis in die neueste Zeit vertreten worden, vgl. die bei Laband a. a. O., Bd. I, S. 436, Anm. 3, Zitierten.

[2]) Von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt. Von der Landeshoheit im Weltlichen, S. 8.

[3]) a. a. O. S. 345 u. 349.

[4]) a. a. O. S. 148.

[5]) Von der Landeshoheit der deutschen Reichsstände überhaupt, S. 314.

unter den Kollegien versteht; denn er behandelt gerade hierbei das Beamtenrecht und will es offenbar erschöpfend behandeln. Diese Beamten üben also nach Moser hoheitliche Tätigkeit aus. Es läßt sich aber, wie sich aus diesen Darlegungen ergibt, schon bei Moser eine zunehmende Ausdehnung des Wortgebrauchs „Beamter" und eine zunehmende Erweiterung des Personenkreises, den man darunter verstand, beobachten. Diese Erweiterung bezog sich auf den Umfang der Tätigkeit der so bezeichneten Personen. Über das Dienstverhältnis und seiner Ausgestaltung bemerkt Moser eben so wenig wie Justi. Erwähnenswert ist jedoch noch, daß Mosers Darlegungen sich auch auf das Preußische Recht beziehen, dessen Praxis er ebenso wie von Seckendorff aus eigener Anschauung kannte.

3. In Büchern, welche das Staatsrecht als Ganzes behandeln, findet sich oft nur eine Erörterung des Ämterrechts, nicht aber des Beamtenrechts als solchen. Ausgangspunkt ist, wie schon bei Pufendorf und Chemnitz, das ius circa officia, das Recht, Staatsämter und Würden zu verleihen, ius munera injungendi. Dies ist auch bei Pütter bemerkenswert [1]). Der Gegenstand seiner lateinisch geschriebenen Abhandlung ist allein das Ämterrecht. Das Innenverhältnis des Beamten wird überhaupt nicht besprochen. Wie weiter unten jedoch noch deutlicher gezeigt werden soll, wurde nach damaligem Recht von der Verleihung eines Amts die Beamteneigenschaft abhängig gemacht [2]). Diese Auffassung ergibt sich auch schon, wenn auch nur mittelbar aus den Darlegungen Pütters.

In seinem Buch 6 spricht Pütter de singulis juribus regiminis caesarei ac territorialis. Im Kapitel 5 wird dann die Notwendigkeit erörtert, nach Schaffung guter Gesetze dafür zu sorgen, daß sie auch durchgeführt werden [3]). Deshalb müssen singulae supremae potestatis partes iterum aliis auctoritate publica curandae committantur. Gleich im Anschluß daran: quare et hoc supremae potestatis est ut tum constituantur munera publica, tum porro omnia ordinentur, quae eorum fini reique naturae conveniunt. Weiter S. 252: munera publica omnino iure territoriali constituuntur atque conferuntur, omniaque alia supremae potestatis iura circa ea eodem iure exercentur. Aus all diesem ergibt sich klar, daß die Übertragung eines öffentlichen Amts zugleich die Übertragung eines Teils der landesherrlichen Hoheit zur Ausübung bedeutet.

Aus dem Ausgangspunkt der Erörterungen über das Ämterrecht ergibt sich aber auch, daß Pütter darunter einfach das Beamtenrecht versteht. Er leitet das Hoheitsrecht der Ämterbesetzung naturrechtlich aus der Erwägung ab, daß der Landesherr Diener bedarf, um die Landesregierung in weitestem Sinne des Wortes

---

[1]) a. a. O. S. 403.
[2]) Vgl. insbes. Stölzel, II, S. 558; Köttgen, S. 146.
[3]) a. a. O. S. 251.

handhaben zu können. Er behandelt also ganz allgemein die Notwendigkeit der Anstellung von Beamten. Zugleich ist aber damit das Amt wie schon bei Pufendorf und Chemnitz in den Mittelpunkt des Beamtenrechts gerückt, so daß das Amt als konstituierendes Merkmal der Beamteneigenschaft erscheint. Nur so läßt es sich auch erklären, daß Pütter außer den mit einem Amte betrauten Staatsdienern andere Staatsdiener nicht kennt. Die Tätigkeit der Beamten oder Amtsträger, was nach Pütter also identisch ist, erscheint danach als hoheitliche, da das Amt Teil der Staatsgewalt ist.

Hinsichtlich der fiskalischen Tätigkeit kann es noch zweifelhaft sein, ob auch Pütter sie zur hoheitlichen rechnet. Justi und Daries sind dieser Ansicht, Pütter spricht sich dagegen hierüber nicht klar aus. Er behandelt das ius fisci als Hoheitsrecht, das in der Landeshoheit enthalten ist. Dies zeigt, daß er unter Fiskus keineswegs das versteht, was man später darunter verstand, nämlich den Staat als moralische Person des Privatrechts, als Privatperson also. Der Fiskus ist einfach die landesherrliche Kasse. Fiskalische Tätigkeit kann also ebenfalls hoheitliche sein, da das ius fisci, das Recht, eine landesherrliche Kasse mit allen Vorzügen zu haben, ein Hoheitsrecht ist. Wenn aber im Namen des Fiskus Privatgeschäfte abgeschlossen wurden, so wurden sie lediglich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Privatrecht und öffentliches Recht überschnitten sich daher; man faßte das ganze Gebiet der fiskalischen Tätigkeit als Teile der Landesregierung auf, mochten auch einmal privatrechtliche Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden. Dies liegt daran, daß der Begriff der öffentlichrechtlichen Tätigkeit unbekannt war, er wurde ersetzt durch den Begriff der Landesregierung, die man als Ausübung der Hoheitsrechte auffaßte. Was dazu gehörte, wurde lediglich nach dem Gesichtspunkte des Zweckzusammenhangs beurteilt.

4. Auch I. M. Seuffert bezeichnet das Recht, Ämter zu besetzen, als Teil der höchsten Gewalt im Staate. Er definiert den Beamtenbegriff folgendermaßen [1]): „Staatsdiener sind Mitglieder des Staats, welche ohne Geburtsrecht zu besonderen nicht militärischen und mehr geistischen als körperlichen Diensten des Staats von der höchsten Gewalt im Staate oder sonst einer anderen das Recht, Ämter zu besetzen, namens des Staats ausübenden Gewalt berufen werden". Diese Dienste müssen Mittel zur Erreichung eines besonderen Staatszwecks sein, der dem ersten und höchsten Staatszweck untergeordnet ist. Solch ein besonderer Staatszweck ist z. B. die Justiz [2]). Der Begriff des öffentlichen Amts wird sehr weit definiert [3]). Es ist das Recht, vermöge dessen ein einzelnes Staatsmitglied seine Pflicht, dem Staate zu dienen, durch besondere Dienste nach vorher gegangener

[1]) a. a. O. S. 1 u. 105.
[2]) a. a. O. S. 21.
[3]) a. a. O. S. 23.

Einwilligung des Staates zur Erreichung eines Staatszwecks erfüllt. Diese Auffassung war auch nach damaliger Anschauung insofern zu weit, als nicht jede irgendwie geartete vorübergehende Hilfstätigkeit zur Erreichung eines Staatszwecks ausreichte. So konnten z. B. vorübergehende Kommissionen nicht darunter fallen. Hierauf weist auch von der Becke hin [1]). Worauf Seuffert hinaus will, ist dies; die besonderen Staatszwecke decken sich auffallend mit den einzelnen Hoheitsrechten Justiz, Polizei, Finanzen, äußere Verwaltung, Militär. Für einen solchen bestimmten Staatszweck tätig zu sein, ist ein Hoheitsrecht des Monarchen. Verwirklichung dieser besonderen Staatszwecke ist daher hoheitliche Tätigkeit.

Jedenfalls, und darauf kommt es hier an, war es nicht die Absicht Seufferts, von der damaligen Anschauung abzuweichen, daß amtliche Tätigkeit hoheitliche sei, also daß ein Beamter zu nichts anderem berufen ist als dazu, die Hoheitsrechte des Landesherrn auszuüben. Einige Stellen seines Buches zeigen dies: so hält er Patrimonial- und Vogteibeamte, insofern sie Justiz und Polizei verwalten, deshalb für Beamte des Staates [2]). Sie werden daher auch in verschiedenen Ländern von der höchsten Gewalt in Pflicht genommen. Besonders beweist die Richtigkeit der obigen Behauptung folgende Stelle: „Das Recht der Unverletzbarkeit in seinen Amtshandlungen folgt aus dem Wesen eines jeden Staatsamts, dessen Verwalter den Staat in Ausübung eines seiner Rechte darstellt, mithin aus dem Wesen des beleidigten Subjekts [3]). Da Seuffert nur von Anstellung zu öffentlichen Ämtern redet, ohne die ihm kein Staatsdienst möglich erscheint, so ergibt sich daraus, daß er die Beamteneigenschaft an die Berufung zu einem bestimmten Amt knüpft. Dies erscheint daher auch als wesentliches Merkmal des Beamtenbegriffs, um so mehr als auch Seuffert das Dienstverhältnis des Beamten privatrechtlich auffaßte. Nach Seufferts Auffassung kann allein das Amt wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft sein; denn bei privatrechtlicher Auffassung des Dienstverhältnisses kann unmöglich noch davon gesprochen werden, daß die besondere rechtliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses die Beamteneigenschaft eigentlich begründet [4]). Wesentlich ist dann hinsichtlich des Innenverhältnisses nur so viel, daß eben überhaupt ein gleichwie geartetes Dienstverhältnis besteht, während im übrigen das Außenverhältnis maßgebend ist. Nach dem oben Gesagten besteht aber nur die eine Möglichkeit, das Wesen der Beamteneigenschaft in dem Außenverhältnis — der Betrauung mit einem Amt — oder in dem Innenverhältnis (Dienstverhältnis) zu suchen oder in beiden.

---

[1]) a. a. O. S. 32 f.
[2]) a. a. O. S. 30.
[3]) a. a. O. S. 119.
[4]) Vgl. Rehm, Ann. 1884, S. 596 und Anm. 6 zu der Bemerkung Neumanns in „Meditationes juris principum de jure personarum...", daß öffentliche Diener von den privaten sich nur „ratione administrationis et objecti" unterscheiden.

5. Genau dasselbe finden wir auch bei von der Becke ausgesprochen. Regierung des Staats ist Ausübung der höchsten Gewalt [1]). Zur Regierung braucht der Regent Gehilfen, und diese sind die Staatsdiener; die ihnen übertragenen Geschäfte heißen Staatsämter [2]). Auch hier findet sich die für die damalige Zeit charakteristische Stufenfolge der Staatszwecke, nämlich der oberste Staatszweck, ihm entspricht die oberste Gewalt, und die besonderen Staatszwecke, denen die besonderen Hoheitsrechte entsprechen. Er unterscheidet demgemäß ebenso wie Seuffert und Justi die unteren Staatszwecke in Rechtspflege, Finanzen usw. Das Staatsamt wird richtiger als bei Seuffert definiert als Inbegriff aller Handlungen ein- und derselben Art, welche zu einem bestimmten Staatszweck verrichtet werden müssen. Es genügt also nicht jeder lockere Zusammenhang mit dem Staatszweck, wie es nach der Ansicht Seufferts der Fall ist. Ein Staatsbeamter ist nun diejenige Person, welche ein Staatsamt bekleidet [3]). Unter dem bestimmten Staatszweck versteht von der Becke die an anderer Stelle sogen. unteren oder besonderen Staatszwecke, also Justiz, Finanzen, Äußeres, Polizei usw. Zufällige Regierungsgeschäfte, welche durch eine einzige oder wenige Handlungen abgetan werden können, sind keine Staatsämter; wer diese Staatstätigkeit ausübt, ist daher auch kein Beamter [4]). Sehr charakteristisch heißt es dann [5]): „Der Beamte handelt namens der obersten Gewalt, welcher die Beförderung des Staatszweckes obliegt durch den Beamten. Niemand darf sich daher der rechtsmäßigen Amtsgewalt widersetzen". Ferner: „Da übrigens die Staatsämter Teile der Regierung und die damit verbundenen Geschäfte, Geschäfte der obersten Gewalt, die Beamten aber deren selben Stellvertreter sind, so folgt daraus, daß, wenn die zum Schadensersatz verbundenen Diener unvermögend sind, der Staat dieselben zu vertreten und den Beschädigten Entschädigung zu leisten verbunden ist" [6]). Er spricht auch an anderer Stelle noch von dem dem Staatsdiener anvertrauten Teil der obersten Gewalt [7]), also ebenso wie Seuffert. Der Unterschied ihm gegenüber besteht lediglich in der anderen Auffassung der rechtlichen Natur des Dienstverhältnisses des Beamten. Auch er faßt es zwar als privatrechtlich auf, ordnet es aber anders ein als Seuffert. Alles, was zur damaligen Zeit im Beamtenrecht streitig war, betraf neben der Frage, ob Beamte frei ihres Amtes entsetzt werden können, die damit zusammenhängende Frage nach der Natur des Dienstverhältnisses, das aber im Unterschied zu der heutigen Rechtslehre durchweg privatrecht-

[1]) a. a. O. S. 31.
[2]) a. a. O. S. 32.
[3]) a. a. O. S. 33 f.
[4]) a. a. O. S. 35.
[5]) a. a. O. S. 120.
[6]) a. a. O. S. 177.
[7]) a. a. O. S. 158.

lich aufgefaßt wurde. Soweit war man sich also einig, aber unter welche der bekannten Rechtsgebilde des Privatrechts das Dienstverhältnis eingeordnet werden sollte, herrschte im einzelnen Streit. Der Beamtenbegriff selbst war dagegen überhaupt unstreitig.

6. Sehr aufschlußreich ist es auch, daß man unter oberster Gewalt viel mehr verstand, als nur Zwang und Befehl. Nur so war es auch möglich, die gesamte Beamtentätigkeit als Ausübung der Landesregierung aufzufassen. So gehörte die gesamte Wohlfahrtspflege des Staates zur obersten Gewalt. Dies wird auch bei von Berg sehr scharf hervorgehoben und nicht nur von ihm [1]). Wir wissen heute, daß zum Gegenstand der polizeilichen Tätigkeit auch die Wohlfahrtspflege gehörte. Von Berg spricht von der Wohlfahrtspolizei als Teil der Landespolizei und führt dabei aus, daß sie sich weniger durch Strafgesetze und Zwangsmittel als vielmehr durch zweckmäßige Verordnungen, Aufmunterungen, Anweisungen, Belehrungen, Einrichtungen und Anstalten äußere [2]).

Auch von Berg stand in der Frage des Beamtenbegriffs auf dem allgemeinen Standpunkt seiner Zeit. Dies ergibt sich aus Darlegungen in seinem Buche über die Dienstentlassung des Hofrichters von Berlepsch. Da dieser Fall in mehrfacher Hinsicht interessant ist, verdient er etwas breiter erörtert zu werden. Von Berlepsch war entlassen worden, weil er als Landtagsvorsitzender Äußerungen über die auswärtige Politik gemacht hatte, die mit den Zielen und Absichten des Landesherrn im Widerspruch standen und daher als Eingriff in seine Hoheitsrechte aufgefaßt wurden. Er wurde aus dem Amte eines Staatsbeamten entlassen, nicht aber kassiert; er erhielt also den einfachen Abschied, während man unter Kassation die Entziehung des Amtes durch strafgerichtliches Erkenntnis verstand. Obwohl also diese Entlassung nichts Ehrenrühriges an sich hatte, wurde diese Maßnahme des Landesherrn heftig angefochten, und es entstand darüber Streit, ob ein Beamter überhaupt ohne richterliches Erkenntnis seines Amts entsetzt werden könne, eine Streitfrage, die die Gemüter von jeher bewegt hatte. Man faßte nämlich die Verknüpfung der Beamteneigenschaft mit dem Amte so eng auf, daß man zu der Folgerung gelangte, eine Entziehung des Amtes habe notwendig ein Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis zur Folge und damit vor allem eine Entziehung des Gehalts; denn eine Pensionierung kannte man damals noch nicht, die Gewährung von Pensionen waren lediglich ein Gnadenakt des Monarchen. Die Frage der freien Entlaßbarkeit der Beamten hatte daher eine große praktische Tragweite. Von Berg tritt nun in diesem Streit gegen die Lehre von der Unabsetzbarkeit des Beamten auf und begründet diese Ansicht sehr bezeichnend damit, daß es schon in der Natur des Amts liegen müsse, wenn man behaupten wolle,

[1]) Vgl. die Untersuchungen von Rosin, VerwArch. Bd. 3.
[2]) a. a. O. S. 10 ff., Bd. 2.

der Beamte könne nur durch richterliche Kognition seines Amts entsetzt werden; in der Natur des „Vertrages", wodurch jemand „die Verwaltung eines Teils der Staatsgewalt" übertragen werde, liege dies nicht. Der Regent dürfe sich der Entlassung von einem Amte nicht ganz begeben [1]). Von Berg nimmt also an, daß das Amt die Ausübung von Hoheitsrechten bedeutet, und bezeichnet die mit einem Amte bekleideten Personen als Beamte. Aus der hoheitlichen Tätigkeit der Beamten zieht er wichtige Schlußfolgerungen. Andererseits faßt er auch ebenso wie die vorhin genannten Vertreter der Staatsrechtslehre das Dienstverhältnis des Beamten privatrechtlich auf, wie sich daraus ergibt, daß er von einem Vertragsschluß spricht; denn daß von Berg der Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages bereits bekannt war, kann füglich nicht behauptet werden.

7. Als letzter Vertreter der Rechtsanschauungen der Zeit des Allgemeinen Landrechts sei hier Gönner aufgeführt. Der Ausgangspunkt seiner Erörterung ist derselbe wie auch sonst; er sagt, der Regent müsse, um seine Geschäfte führen zu können, gewisse Behörden anordnen, die aus dem Auftrag und im Namen des Regenten jene Handlungen vornehmen, welche der Staatszweck erfordert. Diese Behörden nenne man Ämter. Wer ein Staatsamt bekleide, sei Beamter. Auch hier kann man sehen, wie der Kreis der hoheitlichen Tätigkeit stark ausgedehnt wird. Denn alle Handlungen, welche der Staatszweck erfordert, sind hoheitliche. Keineswegs will Gönner in diesem Punkte von der damals allgemein vertretenen Ansicht abweichen. Dies ergibt sich aus anderen Stellen seines Buches. So sagt er, bei den eigentlichen Staatsämtern sei es die Staatsgewalt selbst, deren Rechte der Staatsdiener innerhalb der ihm angewiesenen Sphäre ausübe, aus deren Auftrag und in deren Namen er handele [2]). Bei diesen Staatsdiensten verhalte sich daher das Produkt nicht wie eine Ware, deren Wert von der inneren Güte abhängt, wie es bei den Staatsdiensten ohne Staatsamt der Fall ist. In dem Auftrag des Regenten der Staatsgewalt ist auch der Grund enthalten, warum der Staatsdiener von den Amtsuntergebenen Gehorsam zu fordern berechtigt ist, warum seinen Amtshandlungen öffentlicher Glaube zukommt. Ferner: dem Staatsdiener gebührt eine besondere Sicherheit in seinen Amtsfunktionen. Jede Verletzung eines Staatsdieners ist eine Verletzung der Staatsgewalt selbst [3]). Wer kein Staatsamt bekleidet, ist kein Staatsbeamter [4]), sondern nur Staatsdiener. Zwar ist der Staatsbeamte auch Staatsdiener. Aber darüber hinaus noch mehr. Andererseits ist auch nicht jeder Staatsdiener Staatsbeamter. Gönner macht also einen Unterschied, ob jemand ein Staatsamt bekleidet oder nicht, ohne dabei aber auf den Gedanken zu verfallen, etwa im

[1]) a. a. O. S. 30.
[2]) Staatsdienst S. 221, ferner Teusches Staats R., S. 429 u. 706 f., §§ 424 u. 425.
[3]) Staatsdienst, S. 223.
[4]) Ebenda S. 33.

Gegensatz zu der Lehre seiner Zeit Übertragung eines Staatsamts und Anstellung im Staatsdienst zu trennen und zu behaupten, es gebe Beamte ohne Staatsamt. Zu den nichtbeamteten Staatsdienern zählt er z. B. alle an die Person des Regenten geknüpfte außerhalb des eigentlichen Hofnimbus stehenden Diener, ferner solche Personen, deren Dienste am Ganzen des Staats notwendig sind, die aber nur einzelnen Personen geleistet werden. Darunter faßt er die Personen, welche wir heute mit einem Ausdruck Triepels als Halbbeamte bezeichnen würden, also Ärzte, Rechtsanwälte usw. Dagegen ist Gönner der erste, der das Dienstverhältnis des Beamten öffentlichrechtlich auffaßt. Jedoch gelangt Gönner noch nicht zu dem Resultat, daß das Rechtsverhältnis des Beamten sich von dem Untertanenverhältnis unterscheide und ein besonderes Gewaltverhältnis darstelle, welches erst durch einen besonderen Staatsakt begründet werde. Vielmehr leitet er die Pflicht des Beamten aus dem allgemeinen Untertanenverhältnis ab; denn jeder Untertan ist nach ihm verpflichtet, Staatsämter zu übernehmen. Gönner ist also der erste, der das Dienstverhältnis des Beamten öffentlichrechtlich auffaßt, während bisher ausnahmslos angenommen wurde, es handele sich bei dem Beamtendienstverhältnis um ein privatrechtliches. Auch das Reichskammergericht und der Reichshofrat hatten sich dieser allgemeinen Ansicht angeschlossen [1]).

Bezeichnend ist aber auch für Gönner, daß er die öffentlichrechtliche Natur des Dienstes nur sekundäres Merkmal der Beamteneigenschaft sein läßt; im Vordergrund steht das Amt und damit die Ausübung der Regierungsgewalt. Unter Ausübung der Staatsgewalt versteht auch er nicht nur Zwang und Befehl. Er unterscheidet wie alle Staatsrechtslehrer den obersten Staatszweck von den unteren Staatszwecken, als die man die Regierungsrechte auffassen kann. So ist eines dieser Regierungsrechte das schon bekannte Hoheitsrecht der Ämterverleihung [2]). Ein anderes ist die Finanzgewalt. Die übrigen werden wie üblich unterschieden. Die Finanzgewalt äußert sich nach Gönners Auffassung in der Benutzung des Staatseigentums (Domänen, Regalien und ähnliches) [3]), oder aber durch Abgaben. Es ist also dieselbe Auffassung wie die Justis. Das Domäneneigentum wird daher auch im Abschnitt über die Territorialfinanzgewalt behandelt [4]). Das Hoheitsrecht der Ämterverleihung wird damit begründet, daß es nur dem Regenten zustehen könne, Ämter zu verleihen, weil durch sie hoheitlich gewirkt werden solle. Interessant ist es auch, daß Gönner ein besonderes Hoheitsrecht der Repräsentativgewalt kennt [5]), ein Begriff, der erst heute wieder für das Staatsrecht fruchtbar gemacht wird, allerdings

[1]) Vgl. Rehm, Annal. 1884, S. 600 ff.
[2]) StaatsR. S. 707.
[3]) Ebenda S. 429.
[4]) Staatsrecht, S. 450, 756 f.
[5]) Ebenda S. 430 ff.

nicht in der Form, daß man von einem Hoheitsrecht sprechen kann in dem Sinne, wie Gönner dies auffaßt. Schon hieraus ergibt sich, daß keine Rede davon sein kann, daß Gönner etwa unter Regierungstätigkeit nur Ausübung von Zwang und Befehl oder Betätigung der staatlichen Verfügungsmacht verstanden hat; denn die Ausübung der Repräsentativgewalt hat weder mit Zwang, noch mit Verfügungen etwas zu tun. Ebenso wie alle übrigen Staatsrechtspublizisten der damaligen Zeit kennt auch Gönner das Hoheitsrecht in Wohlfahrtssachen, bei dessen Behandlung er darauf hinweist, daß bei seiner Ausübung Zwang und Befehl nicht angewandt wird; gerade darin unterscheide sich dieses Hoheitsrecht von anderen [1]).

8. Als Ergebnis läßt sich also für die Rechtslehre der Zeit des Allgemeinen Landrechts festhalten, daß sich zunächst eine zunehmende Erweiterung des Personenkreises beobachten läßt, welche als „Beamte" bezeichnet werden, ferner daß ausnahmslos von den so bezeichneten Personen nach Auffassung der Rechtslehre Hoheitsrechte, Regierungsgewalt ausgeübt werden. Bei den Staatsrechtslehrern, die sich besonders mit dem Beamtenrecht beschäftigen, erscheint ganz klar und deutlich das Amt als wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft, wobei unter Amt ein Kreis von Geschäften verstanden wird, die in der Tätigkeit zu einem besonderen Staatszweck und in Ausübung eines Zweiges der Regierungsgewalt bestehen. Das Innenverhältnis wird als privatrechtlich aufgefaßt mit einer Ausnahme (Gönner). Daß die besondere Gestaltung dieses Innenverhältnisses im einzelnen für die Beamteneigenschaft wesentlich sein soll, läßt sich bei keinem Schriftsteller erkennen.

9. Nach diesen Untersuchungen wird es um einiges leichter sein, den Gesetzesinhalt des Allgemeinen Landrechts zu deuten, der gerade, wie schon Gönner hervorgehoben hatte, bei der Regelung des Beamtenrechts der nötigen Klarheit ermangelte. Daß zur Interpretation eines preußischen Gesetzes auch außerpreußische Schriftsteller herangezogen werden, wie es oben geschah, könnte befremden; die Bedenken zerstreuen sich aber, wenn man beachtet, daß die Staatsrechtslehre der Zeit des Allgemeinen Landrechts bemüht war, Rechtsbegriffe für das Recht aller Staaten des Deutschen Reiches gültig aufzustellen; dieser Hang liegt in der naturrechtlichen Einstellung der damaligen Rechtslehre, die es für widersinnig gehalten hätte, gewisse fundamentale Rechtsbegriffe wie den Beamtenbegriff für verschiedene deutsche Länder verschieden zu bestimmen.

VIII. Der Beamtenbegriff des Allgemeinen Landrechts.

1. Maßgebend für die Erörterung der beamtenrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts ist in erster Linie der 10. Titel

[1]) Staatsrecht S. 427.

des 2. Buches. Hier sind es wieder die ersten drei Paragraphen, die wesentlich erscheinen. § 1 sagt: „Militär- und Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staats unterhalten und fördern zu helfen". § 2: „Sie sind außer den allgemeinen Untertanenpflichten dem Staatsoberhaupte besondere Treue und Gehorsam schuldig." § 3: „Ein jeder ist nach Beschaffenheit seines Amtes, und nach Inhalt seiner Instruktion dem Staate noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugetan." In diesen drei Paragraphen sah man zur Zeit des Allgemeinen Landrechts und noch lange nachher eine Art Begriffsbestimmung, eine Aufzählung der wesentlichen Merkmale des Beamtenbegriffs. Von ihnen muß man bei der Untersuchung ausgehen.

2. Es besteht noch heute keine völlige Klarheit, wie die ersten drei Paragraphen zu deuten sind. Man kann leicht geneigt sein, die Verpflichtung des Beamten, dem Staate nach dem Inhalte seiner Instruktion besondere Dienste zu leisten, wie sie in § 3 bestimmt ist, als die eigentliche Bestimmung des Beamtenbegriffs zu halten. Eine solche Annahme findet eine Stütze in einer gewissen Ähnlichkeit des Wortgebrauchs bei der Bestimmung des heutigen sogenannten staatsrechtlichen Beamtenbegriffs, wie er sich in der Staatsrechtslehre seit Laband etwa eingebürgert hat. Diese Begriffsbestimmung stellt es darauf ab, daß der Beamte in einem besonderen Gewaltverhältnis öffentlichrechtlicher Art gegenüber dem Staate oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft sich befindet. Die Gemeinsamkeit des Wortgebrauchs „besondere Dienste" und „besonderes Gewaltverhältnis" ist aber, so wie er sich aus dem § 3 ALR. ergibt, nur eine sprachliche. Daß Dienste besondere sind, sagt noch nichts über die öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses aus. Der Gegensatz zu besonderen Diensten sind allgemeine Dienste, und unter solchen Diensten versteht das ALR. Dienste kraft der Untertanenpflicht. Mit dem Ausdruck „besondere Dienste" soll also nur gesagt sein, daß der Beamte nicht kraft des Untertanenverhältnisses Dienste leistet, sondern in einem besonderen rechtlichen Verhältnis zum Staate oder einer ihm untergeordneten Körperschaft steht, wobei noch völlig offen gelassen ist, welche Natur dieses rechtliche Verhältnis hat. So sagt § 2 ausdrücklich, daß die Beamten außer „den allgemeinen Untertanenpflichten" auch dem Monarchen noch besondere Treue und Gehorsam schuldig sind. § 3 setzt demnach sinngemäß fest, daß sie außer den allgemeinen Untertanenpflichten noch zu besonderen Diensten verpflichtet sind, ohne zu entscheiden, welcher Art diese Dienste sein sollen. In dem Suarezschen Konzept des 1. Entwurfs heißt es in § 2 viel deutlicher: „Außer ihrer allgemeinen Verbindlichkeit, als Bürger des Staats, sind sie demselben auch noch durch besondere, bei dem Antritt ihres Amts übernommene Verpflichtungen zugetan". Die spätere geringfügige Änderung bedeutet keinen sach-

lichen Unterschied [1]). Das Schwergewicht des § 3 ruht mehr auf dem Worte Amtsinstruktion als auf den „besonderen Diensten". Und dies ist es auch, was hauptsächlich gesagt werden soll, nämlich, daß die Amtsinstruktion den Umfang und die Art der besonderen Dienste bestimmt.

3. Wesentlicher für die Begriffsbestimmung ist § 1. Gerade er aber wird in seiner Bedeutung mißverstanden, wenn man in ihm nur eine allgemeine für den Begriff des Beamten unerhebliche Zweckbestimmung sieht. So einfach läßt sich der Inhalt des § 1 doch nicht erklären. § 1 hat einen anderen Sinn. Schon oben wurde gezeigt, daß bei allen Rechtslehrern der damaligen Zeit das Wesen des Amts so definiert wurde, daß man sagte, es sei ein bestimmter Kreis von Geschäften, die zur Erreichung des allgemeinen Staatszwecks und unter diesem eines besonderen Staatszwecks (Justiz, Finanzen, Polizei usw.) ausgeführt werden. Auffallen muß nun, daß die Aufgaben des Beamten nach § 1 sich genau decken mit dem Staatszweck und den Aufgaben des Monarchen [2]). Dies erhellt aus Titel 13, §§ 2 und 3; danach gehört es zu den vornehmsten Pflichten des Monarchen, die äußere und innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten und für Anstalten zu sorgen, wodurch die Einwohner in den Stand gesetzt werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und diese zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden. Kurz auf eine Formel gebracht, sind die Staatszwecke demnach die gute Ordnung, Sicherheit und Wohlfahrt des Staatsganzen; denn die Pflichten des Monarchen decken sich mit den Staatszwecken. Diese Festlegung der Staatszwecke stimmt ganz überein mit der Staatslehre der Zeit des Allgemeinen Landrechts. Die Pflicht, die Staatszwecke zu verwirklichen, ist zugleich oberstes Hoheitsrecht des Monarchen, in ihr kommt die Landeshoheit, die suprema potestas, zum Ausdruck. Dies ist ganz rationalistische Auffassung: jedem Staatszweck entspricht ein Hoheitsrecht; dem allgemeinen Staatszweck das oberste Hoheitsrecht, den unteren Staatszwecken die besonderen Hoheitsrechte. Wenn es dann im § 4 weiter heißt, dem Oberhaupte des Staates gebühren alle Vorzüge, welche zur Erreichung dieser Endzwecke erforderlich sind, so ist darin die Festlegung der einzelnen Hoheitsrechte, der sogenannten Majestätsrechte, zu sehen. Dies wurde auch immer so aufgefaßt [3]). In den folgenden Paragraphen wird daher der Inhalt des § 4 näher erläutert, d. h. es werden alle einzelnen Hoheitsrechte oder Regalien aufgestellt. Wenn es im § 1 des 10. Titels heißt, daß die Beamten vorzüglich diese Staatszwecke (gute Ordnung, Sicherheit und Wohlfahrt) zu verwirklichen helfen sollen, so kommt darin zum Aus-

---

[1]) Mat. Bd. XIII Fol. 298 ff. vgl. auch den Gebrauch des Worts „besondere Dienste" bei Seuffert, der das Dienstverhältnis privatrechtlich konstruiert, a. a. O. S. 23, ferner Weisbart, VerwArch., Bd. 26, S. 397.

[2]) Vgl. hierzu Weisbart a. a. O., S. 392 ff.

[3]) Vgl. Koch, Komm., Bd. 4, S. 768 Anm. 4.

druck, daß sie die oberste Gewalt, die Landeshoheit des Monarchen ausüben helfen sollen, und zwar im Namen des Monarchen; dies bedeutet der Ausdruck „helfen" und „vorzüglich bestimmt sein". Die Beamten sind also, bildlich gesprochen, Regenten im kleinen. Die Rechtsanschauung der damaligen Zeit betrachtete die Staatszwecke nie isoliert, sondern immer im Zusammenhang mit den Hoheitsrechten, und entnahm dem Staatszweck ihrem rationalistischen Wesen entsprechend den Inhalt der Hoheitsrechte. Wo von dem Staatszweck die Rede ist, kann man ebenso gut den Ausdruck Hoheitsrechte setzen. So heißt es auch bei Seuffert, daß die Beamten, wenn sich aus der Natur des Amts nichts für ihre Tätigkeit ergebe, auf den allgemeinen Staatszweck als allen anderen besonderen Staatszwecken übergeordnet zurückgreifen sollen [1]). Soweit der Zweck reicht, reichen also die Hoheitsrechte.

4. Zeigt sich schon hier eine Übereinstimmung des Allgemeinen Landrechts mit der Rechtslehre seiner Zeit, so wird dies noch an einem anderen Punkte deutlich. Es konnte bereits aufgezeigt werden, daß schon seit Pufendorf und Chemnitz die Staatsrechtslehre das Beamtenrecht in Zusammenhang bringt mit dem Hoheitsrecht der Ämterverleihung und die Betrauung mit einem Amte als eigentlich konstituierendes Merkmal der Beamteneigenschaft ansieht. Auch das ALR. kennt dieses Hoheitsrecht der Ämterverleihung; es findet sich im § 7, II, 13. Damit aber nicht genug. Das ALR. steht auch ganz offensichtlich auf dem Standpunkt, daß es Beamte ohne Amt gar nicht gibt. Getreu der damaligen Auffassung hält es die Amtsübertragung für die einzige Form der Anstellung eines Beamten [2]). Dies ergibt sich schon aus der Fassung der §§ 70, 72, 73, 84 und 85, II, 10 ALR. Der ganze 10. Titel zeigt, daß solch ein Unterschied nicht gemacht wurde. Diese Auffassung entsprach auch der damaligen Praxis. Die Anstellung erfolgte allein durch die Amtsübertragung. Mit der Entziehung des Amts erlosch nicht nur die Dienstpflicht, sondern auch die Beamteneigenschaft. Der Beamte stand und fiel also mit seinem Amte. Sollte er in ein neues Amt versetzt werden, so geschah dies in Form einer Neuanstellung, d. h. Neuübertragung eines Amts. Dies hat Stölzel nachgewiesen [3]) [4]). So erklärt es sich auch, daß bis zum Jahre 1832 die Bestallungspatente z. B. der Justizbeamten sich immer auf ein bestimmtes Amt bezogen. Erst seit dem Jahre 1832 erfolgte die Anstellung für die ganze preußische Monarchie. Eine anonyme Schrift aus dem Jahre 1841 hält dies für eine unerhörte Neuerung, welche geeignet sei, die richterliche Unabhängigkeit zu untergraben, indem

---

[1]) a. a. O. S. 109; vgl. auch den von Rehm in Ann. 1884, S. 605 zitierten „Auctor voti".

[2]) Köttgen, Berufsbeamtentum, S. 146.

[3]) Rechtsverwaltung II, S. 558 und die dort Zitierten.

[4]) Vgl. Rehm, Anm. 1884, S. 665 zu der Arbeit Heffters (Beiträge zum dt. Staatsrecht, S. 106 f.).

nämlich dadurch die freie Versetzbarkeit der Justizbeamten ermöglicht werde [1]). Sehr bezeichnend ist es daher, daß Bergius folgenden Schluß zieht [2]): Da niemand verpflichtet sei, ein Staatsamt zu übernehmen, so sei auch ein Beamter nicht verpflichtet, wider Willen ein anderes Amt, mit welchem ein höherer Rang oder ein höheres Einkommen verbunden ist, anzunehmen. Daß ein Beamter in der Regel verpflichtet wäre, ein anderes Amt mit demselben Amtseinkommen wider seinen Willen anzunehmen, lasse sich ebenfalls nicht behaupten. Dazu bemerkt er noch, daß eine Versetzung wider Willen als eine Kränkung anzusehen sei; denn die Versetzung sei ja auch als Strafe in einigen Kabinettsorders bezeichnet, auch aus diesem Grunde sei sie dem Beamten nicht zuzumuten. In diesem Zusammenhang ist noch beachtenswert, daß die Versetzung zuerst als Strafversetzung in den Kabinettsorders vom 12. 4. 1822, 27. 4. 1830 und 29. 2. 1837 erscheint, worauf Stölzel [3]) hinweist. Die Versetzung als Strafe hat überhaupt nur Sinn, wenn eine freiwillige Versetzung nicht möglich ist. Daß die Strafversetzung in unsere neueren Disziplinargesetze mitübernommen ist, erklärt sich also nur historisch; folgerichtigerweise hätte man sie mit Einführung des Grundsatzes der freien Versetzbarkeit der Beamten beseitigen müssen. Dies tut der Entwurf einer Reichsdienststrafordnung nach den Beschlüssen des 14. Ausschusses des Reichstages § 2, I auch [4]). Die Unversetzbarkeit des Beamten ist also eine logische Folge aus dem Zusammenhang der Beamteneigenschaft mit dem Amt.

5. Daß aber auch im Allgemeinen Landrecht die amtliche Tätigkeit Ausübung der Staatsgewalt im rationalistischen Sinne ist, ergibt sich aus dem bereits klargelegten Inhalt des § 1, II, 10 ALR. Eine einfache Überlegung vermag das noch zu erhärten; ist die Ämterverleihung ein Hoheitsrecht, so muß das Amt selbst ein Inbegriff hoheitlicher Tätigkeit, Staatsregierung sein [5]). Denn um dem Monarchen das Recht zuzugestehen, eine Person mit Ausübung nicht hoheitlicher Verrichtungen zu betrauen, dazu bedarf es nicht der Konstruktion eines Hoheitsrechts der Ämterverleihung, da ja jeder Privatmann jemanden mit solchen Geschäften betrauen kann, also doch auch der Monarch. Das Amt erscheint als Übertragung eines Teils der Staatsgewalt, und hierzu bedarf es in der Tat eines Hoheitsrechts, da es nicht im Wesen der Staatsgewalt, so wie die Staatslehre seit Pufendorf sie herausgearbeitet hat, liegt, daß sie zur Ausübung ohne weiteres übertragen werden kann. Die oben gekennzeichnete Auffassung vom Wesen der Beamteneigen-

---

[1]) Vier Fragen, S. 17 Anm.
[2]) Preußen in staatsrechtlicher Beziehung, S. 277 und Anm. 6.
[3]) a. a. O. II, S. 557 f.
[4]) Vgl. Jellinek, S. 363 Anm. 96 a.
[5]) So auch Gönner, StaatsR., S. 707, § 425, vgl. auch Mat. zur wissenschaftl. Erklärung der Preußischen Landesges., Bd. 1, S. 115, Nr. 124, ferner OTrib., Bd. 42, S. 32.

schaft bedeutet keine Einengung des Kreises der Beamten; denn das Allgemeine Landrecht stellt sich hinsichtlich der Ausdehnung des Begriffs und des Kreises der Hoheitsrechte auf den Standpunkt der Rechtslehre seiner Zeit. Für das vorliegende Thema ist es bezeichnend, daß es beispielsweise auch das Hoheitsrecht der Finanzgewalt des Monarchen kennt, denn etwas anderes kann nicht gemeint sein, wenn es in § 14, II, 13 heißt: „Damit das Oberhaupt des Staats die ihm obliegenden Pflichten erfüllen und die dazu erforderlichen Kosten bestreiten kann, sind ihm gewisse Einkünfte und nutzbare Rechte beigelegt." Das Recht der Besteuerung ist im § 15, II, 13 noch besonders festgelegt. Das Allgemeine Landrecht stellt sich somit hinsichtlich des Umfanges der Finanzgewalt auf den rationalistischen Standpunkt Justis und Daries. Ebenso ist es mit dem Begriff der Polizeihoheit, welche auch die Wohlfahrt umfaßt, ohne daß es auf die Ausübung von Zwang ankäme [1]).

Allerdings erscheint zunächst der Einwand berechtigt, daß das Allgemeine Landrecht die sogenannten niederen Regalien privatisiert, also dem Privatrecht unterstellt. Daraus folgt scheinbar, daß die Verwaltung dieser Regalien mit Regierungstätigkeit, mit Ausübung von Hoheitsrechten nichts zu tun hat. Dem ist aber nicht so. Das Allgemeine Landrecht unterscheidet öffentliches und privates Recht nicht der Form, sondern der Zweckrichtung nach. Es klingt hierbei die römische Definition an: publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. So ist folgende Konstruktion möglich: der Staat bedient sich in einigen Rechtsverhältnissen des Privatrechts, so wenn er Verträge mit Privaten abschließt, wenn er sein Eigentumsrecht an einer Sache ausübt. Aber das Recht, Verträge abzuschließen und das Staatseigentum zu verwalten, ist ein Hoheitsrecht. Es gibt daher das bereits genannte Hoheitsrecht des Monarchen auf „gewisse Einkünfte und nutzbare Rechte", welches in § 14, II, 13 erwähnt ist. Demnach liegt also eigentlich ein öffentlichrechtliches Verhältnis vor, in welchem der Staat lediglich in einigen Punkten „der Mittel des Privatrechts sich bedient", so daß sich öffentliches und privates Recht überschneiden können. Diese Auffassung ist der heutigen Rechtslehre, die die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht auf die verschiedenen Formen beider Rechtsgebiete gründet, völlig fremd und erklärt sich nur aus der bereits genannten Festlegung des Gebiets des öffentlichen Rechts nach der Zweckbestimmung. Daß dies die Auffassung von Suarez war, ergibt sich aus seiner „Rechtfertigung der Behandlung der Hoheitsrechte im Rahmen eines Bürgerlichen Gesetzbuches" [2]). Dort sagt er: „Es gibt aber unter diesen Verhältnissen einige, die auf den Privatzustand einzelner Bürger unmittelbare Beziehung haben.... Es gibt andere, bei denen

[1]) Vgl. Rosin, VerwArch., Bd. 3, S. 283 f.
[2]) Materialien, Bd. 19, fol. 190.

sich der Staat nur der Rechte der Privatpersonen bedient und daraus entspringende einzelne Befugnisse oder Obliegenheiten gegen seine Bürger der Erörterung und Entscheidung der von ihm geordneten Richterstühle unterworfen hat". Es heißt also ausdrücklich, daß es unter den Hoheitsrechten einige gibt, bei denen sich der Staat des Privatrechts gleichsam als eines bequemeren Mittels zur Durchführung der Hoheitsrechte bedient. Dies entspricht der oben gekennzeichneten Auffassung. Diese Ansicht von Suarez steht in Übereinstimmung mit dem, was bereits von Justi und Daries bemerkt wurde. Dabei ist zu beachten, daß der Einfluß der Lehre Justis auf die preußische Rechtsentwicklung ein großer war [1]).

6. Hinsichtlich des Außenverhältnisses des Beamten läßt sich also schon jetzt feststellen, daß das Allgemeine Landrecht ein getreues Spiegelbild der Rechtslehre seiner Zeit bietet. Von Neuerungen in dieser Richtung findet sich keine Spur. Auch in den Materialien zum Allgemeinen Landrecht findet sich nichts, was auf eine veränderte Einstellung gegenüber dem Beamtenbegriff schließen läßt. Vom Beamtenbegriff selbst ist überhaupt nicht die Rede. Es heißt dort Bd. 7, fol. 292 ff. in der Bearbeitung des Assistenzrats Klein § 1: „Um den verschiedenen Ständen des Staates Sicherheit und Wohlstand zu verschaffen, hat der Staat eigene Personen in seine Dienste genommen". Fol. 298 ff., heißt es im Suarezschen Konzept des ersten Entwurfs als Überschrift „Von den Rechten und Pflichten der Beamten im Staate" § 1: „Militär- und Zivilbediente sind zur Verteidigung des Staats, zur Erhaltung der Ordnung, Ruhe und Sicherheit in selbigem, und zur Beförderung des Wohlstands der übrigen Einwohner bestimmt." In dem abgeänderten Entwurf auf fol. 313 ff. nebst Abänderungen von Großkanzler von Carmer und von Suarez erhielt dann § 1 die Fassung, die später Gesetz geworden ist. Auch in den monita bekannter Rechtspraktiker und Rechtsgelehrter zu dem ersten Entwurf, die von diesen auf Aufforderung gemacht wurden, ist der Begriffsbestimmung des Beamten nicht Erwähnung getan, ebensowenig auch in der Revision der monita, die Suarez vorgenommen hat.

7. Die Auswertung dieses Ergebnisses soll noch etwas zurückgestellt werden, zunächst muß die andere Seite des Beamtenverhältnisses, nämlich das Innenverhältnis, untersucht werden. Völlige Klarheit über die Natur des Dienstverhältnisses der Beamten, so wie es im ALR. geregelt ist, läßt sich nicht erzielen. Dies ist in den Eigentümlichkeiten des damaligen öffentlichen Rechts begründet, was manchmal nicht genügend beachtet wird. Die Materialien schweigen über die Natur des Dienstverhältnisses völlig. Daß man im Gegensatz zu der allgemeinen Meinung des Dienstverhältnisses der Beamten nicht mehr privatrechtlich regeln, sondern ihm bewußt einen öffentlichrechtlichen Charakter geben wollte,

[1]) Vgl. O. Mayer, a. a. O. I, S. 38, Anm. 1.

läßt sich daher nicht annehmen. Vielmehr scheinen die Verfasser des ALR. an eine privatrechtliche Natur des Dienstverhältnisses gedacht zu haben, wie sich vielleicht aus § 151, II, 6 entnehmen läßt. Danach sind die Rechte und Pflichten der Beamten der Kommunen und Korporationen, also der mittelbaren Staatsbeamten, in erster Linie nach den Bestallungen und Amtsinstruktionen, im übrigen aber „nach der Lehre von Vollmachtsaufträgen" zu beurteilen, also nach Privatrecht. Andererseits ergibt sich für die privatrechtliche Natur des Dienstverhältnisses sonst nichts aus der gesetzlichen Regelung. Von einem Vertrag ist nirgends die Rede, sondern lediglich von einer Bestellung oder Übertragung eines Amts. Die Natur des Dienstverhältnisses erscheint vielmehr als öffentlichrechtlich. Das hauptsächliche Merkmal eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses würde sich nach heutigem Recht aus der Disziplinargewalt des Staats gegenüber dem Beamten, die sich nach heutigem Recht unzweifelhaft in Verwaltungsakten äußert, ergeben. Eine Disziplinargewalt kennt zwar auch das Allgemeine Landrecht, sie ist aber im 20. Titel geregelt. Gerade hier ergeben sich jedoch sehr wesentliche Unterschiede zum heutigen Recht. Die Disziplinargewalt äußert sich nicht in Verwaltungsakten, sondern sie wird durch strafgerichtliches Urteil ausgeübt. Deshalb ist sie im Allgemeinen Landrecht zusammen mit dem Strafrecht geregelt, und nicht etwa als Teil des Beamtenrechts im 10. Titel [1]). Dieselbe Erscheinung findet man auch in außerpreußischen Rechten der damaligen Zeit. So sagt Gönner, daß er zwar auf dem Standpunkt stehe, zur Ausübung der Disziplinargewalt müsse immer der Weg Rechtens beschritten werden, daß es aber dennoch zu weit gehe, wenn man, wie manche annehmen, auch Verweise nur durch richterliches Urteil zulassen wolle [2]). Es ist sehr bezeichnend, daß man überhaupt zweifeln konnte, ob so geringfügige Disziplinarakte wie Verweise ohne richterliches Urteil erteilt werden sollten. Dieselbe Ansicht, daß die Disziplinarstrafen nur durch den Strafrichter verhängt werden können, wird für das preußische Recht vor Erlaß des Strafgesetzbuches von 1851 von Beseler und Temme ausgesprochen [3]). Steht aber fest, daß die Disziplinargewalt durch die ordentlichen Gerichte und durch Richterspruch ausgeübt wurde, nicht aber durch Verwaltungsakte, so läßt sich die Tatsache, daß die Beamten unter einer Disziplinargewalt standen, nicht als Beweis für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses verwenden. Man kann auch nicht etwa sagen, daß die Art der Strafen, nämlich neben den gewöhnlichen Strafen die Degradierung, Amtsentsetzung und Verweis für den öffentlichrechtlichen Charakter des Dienstverhältnisses sprechen. Denn logisch denkbar ist es, auch derartige Strafen

---

[1]) Vgl. auch Hochheiser, S. 62 und Anm. 15.
[2]) Staatsdienst, S. 213 f.
[3]) Beseler a. a. O., S. 544; Temme, Handbuch 1837, S. 132 ff.

bei einem privaten Dienstverhältnis zu verhängen. Bei der Amtsentsetzung handelt es sich nach damaliger Anschauung um die Entziehung des dem Beamten zur Verwaltung anvertrauten Teils der Staatsgewalt, wie oben gezeigt wurde, so daß die Lösung des Dienstverhältnisses lediglich automatisch mit der Entziehung des Amts eintrat, weil Amt und Dienstverhältnis unlöslich miteinander verknüpft waren. Die Degradation schließlich hat nur Einfluß auf den Rang, nicht aber auf das Amt. Im übrigen darf nur daran erinnert werden, daß es ja doch auch Gestaltungsurteile gibt, die ein Rechtsverhältnis lösen. Dem heutigen Recht ist das etwas durchaus Geläufiges, es kann daher auch Gestaltungsurteile geben, die bestimmte Rechte aus einem Rechtsverhältnis beseitigen. Dies ist bei einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis ebensogut möglich wie bei einem öffentlichrechtlichen. Da überdies das ALR. prinzipiell die Entsetzung der Beamten nur unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten für zulässig erklärt, mußte es auf der anderen Seite die Möglichkeit einer Lösung des Dienstverhältnisses durch strafgerichtliches Erkenntnis schaffen. Ein sicherer Anhaltspunkt für die öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses ist nach alledem lediglich die in den §§ 98—101, II, 10 ALR. ausgesprochene Möglichkeit einer „Entsetzung" oder „Verabschiedung" des Beamten durch Verwaltungsakte, d. h. durch Beschluß des Staatsrats oder des Königs. Dies spricht zusammen mit der bekannten straffen Organisation des Beamtentums dafür, daß ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis vorliegt; denn bei einem privatrechtlichen Dienstverhältnis ist derartiges ganz ungewöhnlich.

Entscheidend ist aber für das vorliegende Thema, daß aus dem ALR. nirgends ersichtlich ist, daß die rechtliche Natur des Dienstverhältnisses, über die man sich ja, wie gezeigt wurde, überhaupt nicht den Kopf zerbrach, für die Beamteneigenschaft wesentlich sein sollte. Es ist nämlich folgendes zu beachten: Dafür, ob ein Begriffsmerkmal wesentlich ist oder nicht, entscheidet allein der Wille des Gesetzes, so wie er im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist. Selbst wenn notwendig alle Beamten in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehen müßten, so wäre damit noch nicht bewiesen, daß dieses Dienstverhältnis wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft ist, denn es könnte ja sein, daß das Gesetz die Natur des Dienstverhältnisses als unwesentlich für die Beamteneigenschaft ansieht und zwar auch dann, wenn es ein bestimmtes Dienstverhältnis für alle Beamten anordnet. Dieser Wille des Gesetzes hat seine Bedeutung für den Fall, daß in der Gesetzgebung eine Änderung eintritt, indem nunmehr auch ein privatrechtliches Dienstverhältnis als zulässig erachtet wird. In diesem Augenblick müßte sich dann der Beamtenbegriff ändern, wenn es auf die rechtliche Natur des Dienstverhältnisses ankäme. Es kann aber von vornherein entweder der ausdrückliche oder der den Vorschriften zu entnehmende Wille des Gesetzes sein, daß die Natur des Dienst-

verhältnisses für die Beamteneigenschaft überhaupt unwesentlich sein soll. So ist es im vorliegenden Falle. Das ALR. hat, wie oben gezeigt wurde, ganz im Sinne der Rechtslehre seiner Zeit es allein auf die Betrauung mit einem Amte und auf das Vorliegen eines Dienstverhältnisses überhaupt, ganz gleichgültig welcher Art, abgestellt. Sieht das ALR. die Amtsübertragung, d. h. die Betrauung mit der Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen als wesentlich an, so erscheint die öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses nur als eine Folge der bereits anderweit begründeten Beamteneigenschaft, um so mehr als der Gesetzgeber sich der öffentlichrechtlichen Natur des Dienstverhältnisses nicht bewußt war und sie daher für die Beamteneigenschaft auch nicht als wesentlich ansehen konnte. Auf die Frage, ob nicht auch als Abweichung von der Regel ein privatrechtliches Dienstverhältnis sollte vereinbart werden können, ob es sich also bei dem Dienstverhältnis, so wie es im ALR. geregelt ist, um dispositives öffentliches Recht handelt, soweit die Rechtsnatur des Dienstverhältnisses in Frage steht, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Man hat sich in der preußischen Praxis verhältnismäßig früh auf diesen Standpunkt gestellt; bekannt ist vor allem diese Praxis aus den Urteilen des Obertribunals in Strafsachen, auf welche weiter unten noch zurückgekommen werden soll. Da diese Praxis also sehr alt ist, kann man mindestens von einem Gewohnheitsrecht sprechen, daß das Beamtenverhältnis, in Abweichung von der gesetzlichen Regel, auch privatrechtlich ausgestaltet werden kann. Dieses Gewohnheitsrecht würde auch dann Geltung haben, wenn das ALR. etwas anderes bestimmt; denn ein Gewohnheitsrecht ist auch contra legem, möglich. Die Lösung dieser Frage ist aber für das vorliegende Thema nicht von Bedeutung, wie sich aus dem Gesagten ergibt.

8. Zusammenfassend läßt sich also sagen: Nach dem ALR. ist wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft die Betrauung mit einem Amte, welche selbsttätig damit die Begründung eines besonderen Dienstverhältnisses bedeutet im Gegensatz zur allgemeinen Untertanenpflicht. Das ALR. hat zwar das Dienstverhältnis des Beamten als öffentlichrechtliches geregelt, aber es sieht diese rechtliche Natur des Dienstverhältnisses nicht als wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft an.

9. Daß diese Auffassung damals auch gerade in Hinsicht auf das Allgemeine Landrecht herrschte, ergibt sich aus einigen Belegen. So hat der Revisor bei der Gesetzesrevision im Jahre 1830 bemerkt [1]), daß ihm das Wesen der Staatsdiener in dem genannten § 1 nicht hinreichend zum Ausdruck zu kommen scheine; die Staatsgewalt und ihre Ausübung (die Staatsregierung) konzentriere sich in der Person des Landesherrn. Dieser könne die gesamten Geschäfte,

[1]) Gesetzesrevision ALR. Pensum XII (Teil II, Tit. 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19 als Monographie zur Benutzung bei der Beratung abgedruckt), S. 8 f. ad §§ 1—3.

welche dazu gehören, nicht allein ausführen; er brauche dazu Diener, eben die Staatsdiener. Es heißt dort wörtlich: „Das Charakteristische der Staatsdiener besteht hiernach darin, daß sie von dem Landesherrn bestellt werden, um ihn bei der Regierung zu unterstützen, einzelne Zweige und Teile der Hoheitsrechte in seinem Auftrage zu verwalten und die von ihm kraft der Staatsgewalt gefaßten Beschlüsse zur Ausführung zu bringen." Dieses werde in § 1 nur dunkel ausgedrückt. Indes könne über den Begriff des Staatsdieners nicht leicht ein Zweifel obwalten, er halte es daher für zweckmäßig, von einer Definition ganz abzusehen. In ähnlicher Weise faßt auch Koch den Beamtenbegriff gegenständlich, ohne auf die Natur des Dienstverhältnisses abzustellen[1]). Besonders bemerkenswert ist auch die Kabinettsorder betr. die Dienstentlassung der Geistlichen und anderer Staatsdiener bei eingetretener Unfähigkeit, ihrem Amte vorzustehen, vom 17. Dezember 1805[2]). Diese Kabinettsorder enthält einen Bescheid an den Staatsminister von Massow wegen Entlassung eines Geistlichen. Ihr ist ein Extrakt aus der Hallischen Allgemeinen Literaturzeitung vom Jahre 1805, Nr. 302 p. 343 und 344 beigefügt, welcher also auf diese Weise zum Inhalt der Kabinettsorder geworden ist. In diesem Auszug ist die Ansicht vertreten, daß ein Beamter nicht nur durch Richterspruch, sondern auch durch Verwaltungsakt seines Amts entsetzt werden könne. Die Gegenmeinung, welche von der älteren Rechtslehre und dem Reichskammergericht vertreten wurde, wird mit folgender Begründung abgelehnt: „Die Verwaltung eines Teils der Staatsgewalt, und der Genuß der dafür bestimmten Belohnung, soll nach diesen Grundsätzen behandelt werden als ein Eigentum! Die Würde eines Staatsdienstes als eine Pfründe! In diesen Worten legt sich schon das Widersprechende der Behauptung an den Tag". Auch hier also ist die Auffassung vertreten, daß der Staatsdienst, die Tätigkeit des Beamten, eine Verwaltung eines Teils der öffentlichen Gewalt, d. h. im damaligen Sinne, eines Amts bedeutet. Auch nach dieser Kabinettsorder ist die Betrauung mit einem Amte wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft. Man geht daher nicht fehl, wenn man annimmt, daß dies auch die Auffassung der preußischen Praxis war.

10. Für das vorliegende Thema läßt sich schon hier eine Teilfrage beantworten, nämlich die nach der Verschiedenheit des strafrechtlichen und staatsrechtlichen Beamtenbegriffs im Allgemeinen Landrecht. Diese Frage muß verneint werden. Da es nach dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff des ALR. auf die Natur des Dienstverhältnisses nicht ankommt, sondern allein die Betrauung mit einem Amt, also öffentlichrechtlicher Tätigkeit entscheidet, so fehlt jeder Anlaß, für eine Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und

[1]) Kommentar, Bd. IV, S. 17, Anm. 1.
[2]) Novum Corpus Constitutionum, Teil II, S. 859 f.

staatsrechtlichem Beamtenbegriff. Denn, wie schon in Besprechung der unterschiedlichen Ansichten zur Auslegung des § 359 StGB. erwähnt wurde, besteht nach Ansicht der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Unterschied zwischen strafrechtlichem und staatsrechtlichem Beamtenbegriff gerade darin, daß der staatsrechtliche Beamtenbegriff nur das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis für die Beamteneigenschaft entscheidend sein läßt, dagegen der strafrechtliche darüber hinaus auch solche Personengruppen erfaßt, die nicht in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehen, sondern nur „mit Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen" betraut sind.

IX. Die weitere Entwicklung des Beamtenbegriffs.

Es soll jetzt die weitere Entwicklung des Beamtenbegriffs nach der strafrechtlichen Seite hin untersucht werden, wobei, da ja staats- und strafrechtlicher Beamtenbegriff im ALR. identisch sind, auch die staatsrechtliche Seite des Beamtenbegriffs nicht außer acht gelassen werden kann.

1. Temme gibt 1837 in seinem Lehrbuch des Preußischen Kriminalrechts eine Begriffsbestimmung des Beamten nicht. Er sagt nur, daß die von ihm erwähnten Strafbestimmungen gegen alle Beamten sich richten, mögen sie vereidigt sein oder nicht [1]). Man darf annehmen, daß er, wie es ja auch nicht anders sein kann, staats- und strafrechtlichen Beamtenbegriff im Sinne des Allgemeinen Landrechts als identisch ansah. Eine Etappe in der weiteren Rechtsentwicklung bildet das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851. Dies bestimmt in seinem § 331 folgendes: „Die Vorschriften dieses Titels finden Anwendung bei allen öffentlichen Beamten. Sie mögen in unmittelbarem oder mittelbarem Staatsdienst stehen, auf Lebenszeit oder nur zeitweise oder vorläufig angestellt sein, einen Diensteid geleistet haben oder nicht." Schon äußerlich betrachtet, stellt dieser Paragraph keine Begriffsbestimmung dar. Er zeigt nicht, was unter Beamten zu verstehen sei. Die Geschichte der Entstehung des Preußischen Strafgesetzbuches zeigt denn auch, wie Hochheiser bewiesen hat, daß man in keiner Weise den bisherigen Beamtenbegriff ändern wollte, man hielt also insoweit an dem Beamtenbegriff des ALR. fest [2]).

Auf diesem Standpunkt stand auch die Rechtslehre. Temme sagt in seinen Glossen zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten [3]), der Begriff des Beamten, des möglichen Subjekts der Amtsdelikte, sei nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen (ALR. II, 10) zu beurteilen. Durchaus im Einklang damit steht es, wenn er in seinem Lehrbuch des Preußischen Strafrechts den Be-

---

[1]) Handb., S. 134.
[2]) a. a. O. S. 63 ff.
[3]) a. a. O. S. 316.

amtenbegriff so formuliert, wie es oben bei der Auslegung der Bestimmungen des ALR. geschehen ist [1]). Es heißt bei ihm: „Staatsbeamter ist derjenige, der von der vollziehenden Gewalt im Staate unmittelbar oder mittelbar als ein Organ zur Ausführung irgend eines der unmittelbaren Zwecke des Staats bestellt ist." Dazu verweist er in der Anmerkung auf § 1, II, 10 des ALR. Neu ist bei Temme lediglich der Gebrauch des Wortes „Organ". Hierbei meint er aber lediglich die Betrauung mit einem Amt; denn dieses verleiht dem Beamten Organeigenschaft. Daß Temme dies meint, ergibt sich aus einer Bemerkung an einer anderen Stelle, wo er auch für den Begriff des öffentlichen Amts das ALR. für maßgeblich erklärt und hierbei ausdrücklich auf § 1, II, 10 ALR. neben §§ 4, 53 ff. und 68 ff. hinweist. Es ergibt sich aber auch daraus, daß er zur Erfüllung des Straftatbestandes eine Handlung für erforderlich hält, die eine Verletzung der übernommenen Pflichten des Amts enthält [2]). Beseler tut dagegen des Beamtenbegriffs keine Erwähnung [3]). In Übereinstimmung mit Temme befindet sich die Ansicht Oppenhoffs, der sich der Rechtsprechung des Obertribunals anschließt [4]).

2. Ganz im Sinne des oben Gesagten stellt die Rechtsprechung des Obertribunals zunächst die Amtsstellung des Beamten, die amtliche Qualität in den Vordergrund, wobei es unter Amt einen bestimmten Kreis öffentlicher Funktionen versteht. Als ständige Formulierung kehrt immer der Satz wieder, Beamter sei der, welchem von der Staatsgewalt die Ausführung von Geschäften, die das Interesse des Staats angehen, unter öffentlicher Autorität übertragen ist [5]). Das Vorhandensein von Disziplinargewalt ist gleichgültig [6]). Diese Rechtsprechung des Obertribunals soll an einigen Beispielen erläutert werden. Besonders lehrreich ist sie, soweit sie sich mit den Postillionen und Postexpeditionsgehilfen beschäftigt. Diese standen in einem rein privatrechtlichen Dienstverhältnis zu den Posthaltern oder Postexpedienten, die sie auch anstellten. Die Anstellung wurde dann aber von der Postbehörde genehmigt, und erst so erhielten diese Personen die Qualifikation zur Ausübung von Postverrichtungen. Ebenso war es bei den Bahnpolizeibeamten der Privateisenbahnen [7]). Die entgegenstehenden Bedenken der Untergerichte gingen ausnahmslos entweder dahin, daß in dieser Genehmigung keine Übertragung eines Amts zu finden sei [8]), oder dahin, daß die Stellung eines Privatdieners mit der eines öffentlichen Beamten

---

[1]) a. a. O. S. 1072; vgl. ferner S. 672.
[2]) a. a. O. S. 1072.
[3]) Lehrbuch, S. 543 ff.
[4]) Kommentar zu § 333 N. 2 u. 8.
[5]) ObTrib. 37, 39 ff.; 42, 27 ff.; Oppenhoff, Bd. 4, S. 154 ff.; 7, 86 ff.; 9, 604 f.; 10, 687; Oppenhoff StGB. zu § 331 N. 2; GoltdA. 2, 566; 7, 852 f.; 12, 151; 6, 58.
[6]) Oppenhoff zu § 331 N. 8.
[7]) ObTrib. 37, 39 ff.; GoltdA. Bd. 6, S. 570 f.
[8]) Oppenhoff, Bd. 4, S. 144; GoltdA., Bd. 4, 851 f.

unverträglich sei. Das zuletzt erwähnte Bedenken scheint darauf hinzudeuten, daß die Untergerichte an ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis des Beamten dachten und es für wesentlich hielten. Dem ist aber nicht so. Wenn dort gesagt ist, die Stellung eines Privatdieners sei mit der eines öffentlichen Beamten unverträglich, so ist damit etwas ganz anderes gemeint. Wie oben schon gesagt wurde, waren beispielsweise die Postillione oder Postexpeditionsgehilfen Privatangestellte des Posthalters, daneben aber standen sie auch in einem Dienstverhältnis zum Staate, welches durch die Übertragung amtlicher Verrichtungen neben ihren sonstigen Geschäften begründet wurde. Es soll dieser Einwand also nur besagen, daß es unmöglich sei, daß eine Person zugleich Beamter und Privatdiener ist. Daß dies allein gemeint ist, ergibt sich aus der Art, wie das Obertribunal diesen Einwand widerlegt; es führt nämlich aus, die Beamtenqualität sei keine das ganze Individuum umfassende, sondern könne auch auf gewisse übertragene öffentliche Funktionen beschränkt sein. Das Obertribunal will damit also sagen, daß entgegen der Ansicht des Untergerichts jemand sowohl Beamter und daneben noch Privatdiener sein könne [1]). Nicht anders ist auch noch ein drittes Argument zu bewerten, welches ebenfalls vom Obertribunal abgelehnt wird, nämlich daß jemand nur auf Grund einer persönlichen Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft Beamter sei, nicht aber dadurch, daß ihm Funktionen übertragen werden, die sonst von Beamten ausgeübt werden. Es ist schon schwer verständlich, was unter einer persönlichen Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft zu verstehen ist; offenbar soll damit gesagt werden, daß für die Beamteneigenschaft die Zugehörigkeit zum „Beamtenstande" durch dauernde Anstellung, ein gewisses Einkommen, Rang und Titel wesentlich sei. Keinesfalls kann man behaupten, daß mit der Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft etwa die besondere Natur des Beamtendienstverhältnisses gemeint sei; denn die persönliche Stellung, welche nach dieser Ansicht für wesentlich erklärt wird, kann ebenso auf anderen Umständen beruhen als gerade auf der besonderen rechtlichen Natur des Dienstverhältnisses. Auch dieses Gegenargument lehnt jedenfalls das Obertribunal ab.

Für diesen so gefundenen Beamtenbegriff des Strafrechts beruft sich das Obertribunal immer wieder auf die allgemeine Kabinettsorder vom 11. August 1832 [2]). Diese bestimmt nicht nur negativ, daß für die Beamteneigenschaft die Vereidigung oder lebenslängliche Anstellung unwesentlich ist, sondern sie gibt geradezu ein positives Merkmal der Beamteneigenschaft, wie es im Sinne des allgemeinen Landrechts gelegen war, wenn sie sagt: öffentlicher Beamter ist ein jeder, dem ein öffentliches Amt von der dazu berechtigten Behörde provisorisch oder definitiv anvertraut worden ist.

---

[1]) S. S. 46 Anm. 8.
[2]) GesS., S. 204.

Auch die allgemeine Kabinettsorder stellt somit die Anvertrauung eines Amts in den Vordergrund und versteht hierbei unter Amt dasselbe, was das Allgemeine Landrecht darunter verstand. Sie faßt also das Amt nach sächlichen Gesichtspunkten auf, nicht nach förmlichen; d. h. sie hält eine bestimmte Art der Tätigkeit für das wesentliche Merkmal des Amtes, und sie faßt nicht, wie das heute geschieht, das Amt als bestimmten Kreis von Tätigkeiten auf, die von einem Beamten verrichtet werden. Entsprechend der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und der Auffassung der Zeit ist das Amt das primäre: Beamter ist, wer ein Amt hat und nicht umgekehrt: ein Amt ist, was einem Beamten obliegt. Im übrigen geht auch die allgemeine Kabinettsorder erkennbar von der Auffassung der Einheit des Beamtenbegriffs im Staats- und im Strafrecht aus.

Besonders lehrreich ist die Entscheidung des Obertribunals, welche die Beamteneigenschaft des Königlichen Schauspielhausintendanten behandelt[1]), gegenüber der Meinung des Kammergerichts, daß der Intendant nicht Mitglied einer Behörde sei, welche in die Verfassung des Staates organisch eingreife, und auch nicht vom Oberhaupt des Staats als solchem zur Ausübung der unmittelbaren Zwecke des Staats bestellt sei. Insbesondere sind nach Ansicht des Kammergerichts die Königlichen Schauspiele nicht bestimmt, gemäß § 1, II, 10 ALR. die Sicherheit, die gute Ordnung und Wohlfahrt des Staats fördern zu helfen. Die Disziplinargewalt des Intendanten erläutere nur den Umfang seiner privatrechtlichen Befugnisse, mache ihn aber nicht zum Staatsbeamten. Demgegenüber stellt das Obertribunal folgendes fest: es fehle zwar an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung darüber, was unter einem öffentlichen Amt und unter einem öffentlichen Beamten zu verstehen sei, indes lasse sich teils nach herrschenden praktischen Begriffen, teils im Hinblick auf anderweite gesetzlichen Vorschriften und Einrichtungen zu einer Entscheidung gelangen. Es wird dann ausdrücklich auf § 1, II, 10 ALR. verwiesen und auf das Hoheitsrecht des Monarchen, Staatsämter und Würden zu verleihen (§ 7, II, 13 ALR.). „Im allgemeinen wird man mit der Annahme nicht fehl gehen", heißt es weiter, „daß das Allgemeine Landrecht gleich der Doktrin seiner Zeit unter einem Staatsdiener eine Person verstanden haben wolle, welche einen bestimmten Beruf von dem Landesherrn oder einem anderen, durch ihn dazu Berechtigten empfangen hat, für einen der sogenannten Zwecke des Staats (von denen § 1, II, 10 einige vorzüglich, aber nicht ausschließlich hervorhebt) in einem gewissen Umfange tätig zu werden". Die spätere Gesetzgebung habe daran nichts geändert. Zur Anwendung dieser Begriffsbestimmung auf den gegenwärtigen Fall wird weiter ausgeführt, daß selbst, wenn man der Ansicht sein sollte, der Generalintendant gehöre zum Hofstaat des Monarchen, doch nicht zu vergessen sei,

[1]) ObTrib. 42, 27 ff.

daß die Haltung eines Hofstaats ein persönliches Majestätsrecht des Monarchen sei, zu dem Glanze und Ansehen der Monarchie diene und daher nicht außerhalb des Staats liege. Die Königlichen Schauspiele fallen nach Ansicht des Obertribunals unter den Begriff der Anstalten, wodurch den Einwohnern des Staats Mittel und Gelegenheit verschafft wird, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohls anzuwenden (§ 3, II, 13 ALR.). Daß es auch Privatanstalten derselben Art geben könne, sei unerheblich. Denn daraus folge nicht, daß der Staat eine öffentliche Anstalt dieser Art mit besonderen Ämtern für seine Zwecke nicht haben oder ein ursprüngliches Hofinstitut dafür mit staatlicher Autorität nicht wirken lassen könne. Ferner sei die zur Leitung der Anstalt für ihre Zwecke sowie zur Handhabung der Ordnung sowohl im Innern der Anstalt wie dem Publikum gegenüber geübte Autorität eine staatliche. Daher sei der sie ausübende Beamte ein öffentlicher oder Staatsbeamter.

Bei dieser Definition des Beamtenbegriffs kann das Obertribunal folgerichtigerweise auch keinen Unterschied zwischen dem staatsrechtlichen und dem strafrechtlichen Beamtenbegriff anerkennen. Hochheiser versteht die Rechtsprechung des Obertribunals anders [1]); er beruft sich auf eine Entscheidung, in welcher das Obertribunal folgendes ausführt [2]): „Die Amtseigenschaft, welche durch § 133 StGB. vor Verunglimpfung geschützt werden soll, beruht ihrem Wesen nach nicht darin, daß jemand dauernd als Beamter angestellt ist, sondern darin, daß er als Organ der Staatsregierung fungiert und von derselben berufen ist, um unter öffentlicher Autorität die Herbeiführung der Zwecke des Staats zu ermöglichen". Nach Hochheiser soll in diesem Satz zum Ausdruck kommen, daß das Obertribunal überhaupt keine „Anstellung als Beamter" verlangt. Das Obertribunal will aber nur sagen, daß es auf die Dauer der Anstellung nicht ankomme. Es unterscheidet also nicht die Beamtenanstellung nach staatsrechtlichen Grundsätzen von dem strafrechtlichen Beamtenbegriff. Daß dies allein die Ansicht des Obertribunals ist, ergibt sich aus zahlreichen anderen Entscheidungen, in welchen das Obertribunal ausdrücklich betont, daß es auf die Dauer der Anstellung nicht ankomme. Es war also offenbar ein oft gemachter Einwand, daß nur der Beamter sei, welcher dauernd als solcher angestellt wurde [3]). Wäre es wirklich die Absicht des Obertribunals gewesen, einen Unterschied zwischen staatsrechtlichem und strafrechtlichem Beamtenbegriff aufzustellen, so hätte dies doch auch noch in späteren Entscheidungen zum Ausdruck kommen müssen. Das Obertribunal hat jedoch auch später eine solche Ansicht nie aufgestellt. Bezeichnend dafür ist eine Entscheidung, in

---

[1]) a. a. O. S. 70/71.
[2]) Oppenhoff, Bd. 9, S. 4 f.
[3]) Oppenhoff, Bd. 11, S. 86; 13, 505.

welcher es heißt [1]), die Übertragung dieser öffentlichen Funktionen (des Amts), welche als solche von einem Privatmann nicht ausgeübt werden können und dürfen, begründe die Diensteigenschaft. In dem zur Entscheidung stehenden Falle hatte die anstellende Behörde bei Abschluß des privatrechtlichen Dienstvertrages den Vorbehalt ausgesprochen, der Angestellte solle nicht „die Rechte eines öffentlichen Beamten" haben. Das Obertribunal bemerkt in seiner Schlußfolgerung dazu, es müsse deshalb angenommen werden, daß mit dem Vorbehalt der Anstellungsbehörde, der Angeklagte solle die Rechte eines öffentlichen Angestellten nicht haben, nur eine Sicherung der Anstellungsbehörde gegen Ansprüche des Angeklagten, die nicht aus dem Dienstvertrag sich ergeben, bezweckt sei. Hier wäre für das Obertribunal Gelegenheit gewesen, einen deutlichen Unterschied zwischen staatsrechtlichem und strafrechtlichem Beamtenbegriff zu machen, dennoch tut es dies nicht, sondern legt dem Vorbehalt der anstellenden Behörde nicht etwa die Bedeutung des Ausschlusses der staatsrechtlichen Beamteneigenschaft bei, sondern lediglich die einer Sicherung vor weitergehenden Ansprüchen des Angestellten, als sie im Vertrage genannt sind. Das Obertribunal stützt im Gegenteil, wie aus den oben besprochenen Entscheidungen hervorgeht, ausdrücklich seine Rechtsansicht auf das ALR. und dessen im 10. Titel niedergelegten Beamtenbegriff [2]).

Aus dieser Rechtsprechung des Obertribunals ergibt sich, daß es den Beamtenbegriff genau so definiert, wie das ALR. dies tut, und daß es eine Verschiedenheit von strafrechtlichem und staatsrechtlichem Beamtenbegriff folgerichtigerweise nicht anerkennen kann. Daraus folgt wiederum, daß das Obertribunal auf die etwa gegebenen öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses gar keinen Wert legt; denn gerade hierbei müßte sich ja, wie bereits gesagt wurde [3]), der Unetrschied zwischen staatsrechtlichem und strafrechtlichem Beamtenbegriff zeigen. Nur nebenbei ist in einer Entscheidung des Obertribunals davon die Rede, daß Postillione einer gewissen Disziplinargewalt der Postbehörde unterliegen [4]); daraus werden aber keinerlei Folgerungen für den Beamtenbegriff gezogen. Nach heutiger Anschauung müßte ja gerade die Disziplinargewalt als Kennzeichen des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses erscheinen und damit als Kennzeichen der Beamteneigenschaft. Das Obertribunal sagt dagegen in einem Erkenntnis ausdrücklich, das Vorliegen der Disziplinargewalt sei gleichgültig [5]).

3. Diese Rechtsprechung des Obertribunals, die ganz folgerichtig auf dem ALR. fußte, erfolgte jedoch bereits in einer Zeit, zu welcher das Staatsrecht eine grundlegende Umwandlung durch-

---

[1]) Oppenhoff, Bd. 12, S. 388, vgl. auch d. Entsch. Bd. 10, S. 687.
[2]) Vgl. auch ObTrib., Bd. 37, S. 39 ff.; Oppenhoff, Bd. 7, S. 87.
[3]) S. S. 45.
[4]) ObTrib., Bd. 37, S. 39 ff.
[5]) Oppenhoff zu § 331 N. 8.

gemacht hatte. Nach der Auflösung des alten Deutschen Reiches fiel die Grundlage für die Staatsrechtslehre der Zeit des ALR. weg, nämlich die Lehre von den Hoheitsrechten; denn die Hoheitsrechte waren ja gerade aus dem mittelalterlichen Lehnsstaat erwachsen, der damals sein Ende fand. Dieser Staat bestand nicht mehr. Jetzt war daher die Möglichkeit gegeben, der Lehre von der ungeteilten Staatsgewalt zum Siege zu verhelfen. An die Stelle der einzelnen Hoheitsrechte trat nunmehr eine einheitliche Staatsgewalt. Zugleich hatte sich ein grundsätzlicher Wandel in der Staatsrechtslehre insoweit vollzogen, als die Staatsgewalt nicht mehr rationalistisch aus den Staatszwecken begründet wurde. Die formelle Dreiteilung der Gewalten schließlich trug das ihre dazu bei, die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht nicht mehr nach rationalistischen Gesichtspunkten, sondern nach der Form und dem Inhalt öffentlicher Rechte und privater Rechte vorzunehmen. Das öffentliche Recht unterschied sich jetzt nicht mehr nur nach der Zweckrichtung vom Privatrecht, sondern nach einer Fülle anders gearteter förmlicher Merkmale. Aus dem System der materiellen Hoheitsrechte wurde das System der formellen Hoheitsrechte.

Für das vorliegende Thema ist dies insoweit wichtig, als jetzt nicht mehr die Möglichkeit gegeben war, alle Tätigkeit der Beamten als Ausübung von Hoheitsrechten erscheinen zu lassen, wie dies noch beim ALR. der Fall war. Vieles, was nach der anders gearteten Struktur des damaligen Rechts als öffentlichrechtlich erschien, mußte nunmehr privatrechtlich sein. Der alte Beamtenbegriff war also infolge der veränderten Auffassung vom öffentlichen Recht gar nicht mehr imstande, alle die Personengruppen zu erfassen, die vordem infolge der uferlosen Ausdehnung dessen, was man als öffentlichrechtlich ansah, unter ihn fielen. Aus dieser ganzen Entwicklung hätte man logischerweise die Folgerung ziehen müssen, daß nunmehr zwischen Staatsdienern zweierlei Art unterschieden werden mußte, nämlich zwischen solchen, welche mit einem öffentlichen Amte im alten Sinne betraut waren und solchen, die lediglich privatrechtliche Verwaltung zu besorgen hatten. Nur die ersteren, also die mit einem Amte betrauten, hätte man Beamten nennen dürfen, die letzteren aber nicht. Eine ganze Reihe von Schriftstellern hat diese Konsequenz denn auch gezogen. So Meisterlin, Schmitthenner und noch um 1884 Rehm. Meisterlin nennt nur solche Staatsdiener Beamte, welche Staatsämter verwalten, d. h. als Organe der Regierung über den mit dem Amte verbundenen Teil der Staatsgewalt verfügen[1]). Alle übrigen Staatsdiener sind nicht mit Ämtern betraut, diese nennt er nicht Beamte. Auch Rehm zählt nur solche Staatsdiener zu den Beamten, welche mit Ausübung amtlicher Tätigkeit, also eines Teils der Staatsgewalt betraut sind, die übrigen Personen stehen zwar in einem öffentlich-

[1]) a. a. O. S. 42 f.; ähnlich Schmitthenner, a. a. O., S. 498 ff.

rechtlichen Dienstverhältnis zum Staate, sind aber dennoch keine Beamten [2]).

In Preußen hat man diese Konsequenz sichtbar nicht gezogen. Das Disziplinargesetz für die nichtrichterlichen Beamten vom Jahre 1852 gibt keine Begriffsbestimmung des Beamten, sondern sagt nur, das Gesetz finde auf alle Beamten Anwendung. Es setzt also einen Beamtenbegriff voraus. Unzweifelhaft fielen nun aber nicht nur nach dem Willen des Gesetzes, sondern auch nach ständiger Praxis auch die Beamten unter die Normen des Disziplinargesetzes, welche nach dem oben Gesagten zwar nach der Rechtslehre des ALR. noch Hoheitsrechte ausübten, nach neuzeittlicher Anschauung aber nicht mehr. Auch diese Beamten standen also in einem Dienstverhältnis zum Staate wie alle anderen, welche unter das Disziplinargesetz fielen. Dieses Dienstverhältnis ist aber, wie heute nirgends mehr bestritten wird, ein sogen. besonderes Gewaltverhältnis, ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis. Zu alledem kommt noch hinzu, daß nach der Praxis, wie sie sich seit etwa 1832 herausgebildet hatte, Anstellung und Amtsübertragung nicht mehr identisch waren, so daß die Normen der Disziplinar- und Dienstgesetze bereits Anwendung fanden, ehe die Beamteneigenschaft im Sinne des Allgemeinen Landrechts, d. h. durch Übertragung eines Amts, begründet war. Die Rechtslage ist nun höchst sonderbar, indem nunmehr zwei sehr verschiedene Personengruppen den Regeln des Disziplinargesetzes unterstehen, nämlich solche, die Beamte im alten Sinne, d. h. mit einem Amt, also nach der Rechtslehre des ALR. mit Ausübung öffentlicher Gewalt betraut werden, und solche, die sich ihrem Außenverhältnis nach von bloßen Angestellten des Staats nicht unterscheiden, sondern allein durch das öffentlichrechtlich geregelte Innenverhältnis. Beide haben zwar das gemeinsam, daß sie mit einem Amte betraut werden, aber Amt in diesem Sinne, d. h. im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze ist etwas ganz anderes als Amt im Sinne des ALR. Es ist lediglich ein Kreis von Geschäften, die kraft öffentlichrechtlicher Dienstpflicht zu verrichten sind; gemeinsames wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft kann es nicht sein, da Anstellung und Amtsübertragung auseinanderfallen und die Normen der Dienst- und Disziplinargesetze schon mit der Anstellung Anwendung finden. Diesen beiden Beamtengruppen ist daher in der Tat lediglich das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis gemeinsam. Das hat dazu geführt, daß die heutige Staatsrechtslehre es bei der Definition des Beamtenbegriffs allein auf das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis abstellt. So schlußfolgert Laband, da es Beamte ohne Amt gebe und andererseits Amtsträger, die nicht Beamte sind, so könne allein das Dienstverhältnis wesentliches Merkmal sein; dieses Dienstverhältnis ist

---

[2]) Ann. 1885, S. 80 f., 163, 179 und Anm. 4, vgl. ferner v. Rönne-Zorn, StaatsR. I, S. 421.

öffentlichrechtlich, also sei das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis das allein wesentliche Begriffsmerkmal des Beamtenbegriffs. Der Amtsbegriff, der nun eigentlich überflüssig geworden ist, wird von Laband als durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis staatlicher Geschäfte definiert [1]). Er beruft sich dabei auf Meyer-Anschütz, nach dem es auf die Ausübung von Hoheitsrechten nicht ankommt, sondern allein auf die Einheit des Wirkungskreises, diese sei begriffsbildendes Moment [2]). In der Tat fallen unter das Disziplinargesetz auch solche Personen, welche kein Amt haben, z. B. die, welche zwar bereits angestellt sind, aber noch kein Amt übertragen erhalten haben, und die zur Disposition gestellten Beamten. Für die Beamten im Sinne der Disziplinargesetze kann daher das Amt nicht gemeinsames begriffsbildendes Merkmal sein. Für das Staatsrecht war ein anderer Beamtenbegriff als der der Dienst- und Disziplinargesetze kaum von Bedeutung; dies erklärt es, warum der Beamtenbegriff des Staatsrechts bisher allein auf ihrer Grundlage definiert worden ist. Soweit es sich um die Disziplinar- und Dienstgesetze handelt, ist also dem Labandschen Beamtenbegriff die Berechtigung nicht abzusprechen.

Es gibt jedoch noch einen anderen Beamtenbegriff. Dies beweisen die geschichtlichen Erörterungen, welche oben angestellt wurden. Nach dem ALR kam es allein auf zwei wesentliche Punkte an, nämlich erstens die Übertragung eines Amts, d. h. eines Teils der Hoheitsrechte zur Ausübung, zweitens ein Dienstverhältnis zum Staate oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, gleichgültig, welche rechtliche Natur dieses Rechtsverhältnis haben möge. Dieser Beamtenbegriff des ALR besteht im Strafrecht neben dem Beamtenbegriff der Disziplinargesetze fort. Schon eingangs wurde dargelegt, daß ja der Beamtenbegriff des ALR einfach in das Strafgesetzbuch übernommen wurde, zwar nicht ausdrücklich, aber dem Willen des Gesetzgebers nach. Dort hat dieser Beamtenbegriff noch heute seine Gültigkeit. Aber im Sinne des Strafrechts ist nicht nur dieser alte Beamtenbegriff maßgebend, sondern daneben auch der Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze. Das sieht zunächst sehr befremdend aus, ist es aber nicht. Das ALR wollte für das Strafrecht keinen eigenen Beamtenbegriff aufstellen, sondern verweist auf den Beamtenbegriff des Staatsrechts. Da der Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze ebenfalls ein Beamtenbegriff des Staatsrechts ist, so ist er auch neben dem alten Beamtenbegriff des ALR, der ja, wie gezeigt wurde, weiter seine Gültigkeit behielt, für das Strafrecht maßgebend. Es zeigt sich also, daß nicht, wie man annehmen könnte, sich der strafrechtliche Beamtenbegriff vom staatsrechtlichen unterscheidet, sondern der staatsrechtliche selbst nicht mehr so einheitlich ist wie zu Zeiten des ALR. Inwie-

---

[1]) a. a. O., Bd. 1, S. 365.
[2]) a. a. O., Bd. 2, S. 381.

weit der alte Beamtenbegriff des ALR konstruktiv auch für das Staatsrecht noch seine Bedeutung behält, soll weiter unten gezeigt werden. Den Beamtenbegriff im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze ebenfalls für das Strafrecht für maßgeblich zu erklären, rechtfertigt sich auch damit, daß ja auch diese Beamten zur Zeit der Geltung des ALR Beamte in seinem Sinne waren; denn durch die anders geartete Struktur des Staatsrechts des ALR konnte man auch deren Tätigkeit als öffentlichrechtlich auffassen, wie es heute nicht mehr möglich ist, weil das öffentliche Recht einen grundlegenden Wandel vollzogen hat und von jener Lehre der einzelnen Hoheitsrechte und ihrer rationalistischen Begrenzung abgekommen ist.

4. Daß der Beamtenbegriff des ALR. auch heute noch für das Strafrecht, wenn auch neben dem Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze, seine Bedeutung hat, findet seine Berechtigung auch noch in anderen Erwägungen. Ein Beamtenbegriff wie der des ALR. entspricht nämlich einem natürlichen Bedürfnis, die Personen als Beamte zu bezeichnen, die als Organe des Staats einen Teil der Staatsgewalt ausüben. Das ALR. wollte damit unbewußt etwas zum Ausdruck bringen, was heute unter der Organeigenschaft der Beamten verstanden wird. Der Organbegriff war dem ALR. jedoch fremd. Wenn es aber die Betrauung mit einem Amte für wesentlich hält, so kommt damit das Organschaftliche zum Vorschein; denn durch die Betrauung mit einem Amte, einem Teile der Staatsgewalt, erscheint der Beamte selbst als wirkender Teil der Staatsgewalt ebenso wie der Monarch. Dem ALR. lag es bei seiner naturrechtlichen Einstellung ganz ferne, ein so formales Moment wie die besondere Natur des Dienstverhältnisses des Beamten als für die Beamteneigenschaft wesentlich anzusehen. Naturrechtlicher Einstellung entspricht es vielmehr, das entscheidende begriffsbestimmende Merkmal im Außenverhältnis zu suchen. Eine solche Begriffsbestimmung liegt in der Natur der Sache. Dieses natürliche Bedürfnis nach einem so gearteten Beamtenbegriff kann auch vom Gesetzgeber nicht beseitigt werden. Der Gesetzgeber kann abweichend hiervon immer nur bestimmen, wer Beamter im Sinne dieses oder jenes Gesetzes sein soll. Es handelt sich eben bei diesem Beamtenbegriff des ALR. um einen Elementarbegriff wie z. B. den Staatsbegriff, der auch nicht vom Gesetzgeber geschaffen ist.

Die zwingende Notwendigkeit, einen solchen allgemeinen Beamtenbegriff im Sinne des ALR. anzuerkennen, ergibt sich am besten aus den wertvollen Darlegungen von Schmoller [1]), der ebenso wie das ALR. den Amtsbegriff in den Vordergrund stellt und erst von ihm aus den richtigen Ausgangspunkt für die Erfassung des Wesens des Beamtentums erhält. So heißt es denn bei Schmoller genau so wie bei den Schriftstellern des Staatsrechts zur Zeit des

[1]) acta borussica. Behördenorganisation, Bd. 1, S. 15 ff.

ALR., daß das Amt ein Stück der Gesamtgewalt der Regierung sei[1]). Er hält den Amtsbegriff geradezu für den engeren, der ein Befehlen, Regieren oder Rechtsprechen umfaßt; als den weiteren Amtsbegriff will er jenen auffassen, der auch weitere Funktionen in sich begreift, wie z. B. rechtlich fixierte Aufträge zum Unterricht, zum Straßenbau, zur polizeilichen Nachtwache und ähnliches.

X. Die Organstellung als wesentliches Merkmal der Beamteneigenschaft.

Die Tatsache, daß es nunmehr im Staatsrecht zwei Beamtenbegriffe zu geben scheint, den im Sinne des ALR. und den im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze, scheint unbequem; indes zeigt sich doch, daß beide Beamtenbegriffe ein gemeinsames Merkmal haben. Allerdings ist es nicht das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, wie sich ja auch schon aus dem Gesagten ergibt; denn der Beamtenbegriff des ALR. erklärt nur Betrauung mit einem Amt, d. h. einem Teil der Staatsgewalt, und Begründung eines irgendwie gearteten Dienstverhältnisses für wesentlich, während nach den Dienst- und Disziplinargesetzen, für die unter sie fallenden Beamten allein das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis wesentliches Merkmal ist. Das gemeinsame der beiden Beamtenbegriffe liegt aber darin, daß die von ihnen umfaßten Personengruppen Staatsorgane sind. Das bedarf näherer Begründung.

Unter Staatsorganen versteht man Personen oder Institutionen, durch welche der Staat handelt. Ihre Handlungen gelten als Handlungen des Staats im Gegensatz zur Stellvertretung, wo die Handlung des Stellvertreters nicht als Handlung des Vertretenen gilt, sondern nur die Rechtswirkung bei dem Vertretenen eintritt.

1. Wer nun für den Staat oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft öffentlichrechtlich tätig wird, ist zweifellos Staatsorgan; denn öffentlichrechtlich tätig werden kann eben nach heutigem Recht nur der Staat oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft. Damit ist die Möglichkeit einer Stellvertretung ausgeschlossen; denn diese setzt ja voraus, daß die Handlung des Vertreters eigene ist, und lediglich die Rechtswirkung für den Vertretenen eintritt. Die Beamten des ALR. sind danach zweifellos Staatsorgane.

2. Nicht so klar ist, daß auch die Beamten im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze Staatsorgane sind; denn sie brauchen nicht notwendig öffentlichrechtlich tätig zu sein, wesentliches Merkmal ist bei ihnen das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis. Daß sie Staatsorgane sind, ergibt sich aus folgendem: ihre Tätigkeit läßt sich erfassen unter dem Begriff des Amts. Amt in diesem Sinne ist ein Kreis von Geschäften, die kraft öffentlichrechtlicher Dienstpflicht geführt werden und die also durch das öffentliche Recht

[1]) ebenda, S. 17.

begrenzt sind. Dieser Amtsbegriff ist wohl zu unterscheiden von dem des ALR., welcher lediglich ein Stück der Staatsgewalt darstellt, also öffentlichrechtliche Tätigkeit als wesentliches Merkmal verlangt. Dieser Amtsbegriff, von dem jetzt die Rede ist, stellt sich als Amtsbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze dar, er bildet also ein Analogon zu dem Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze. Dies ist der Amtsbegriff, wie er von der heutigen Staatsrechtslehre aufgestellt ist [1]).

Das Amt ist verfassungsmäßige organschaftliche Institution des Staats, es ist selbst Staatsorgan, soweit es eine organisatorische Einheit bildet. Die öffentlichrechtliche Abgrenzung der in ihm vereinigten Geschäfte bewirkt, daß die Geschäfte nicht für den Staat ausgeführt werden, sondern als Handlungen des Staates selbst erscheinen. Denn, da diese Geschäfte oft genug sich in nichts von privaten Geschäften, wie sie auch bei Privatpersonen vorkommen, unterscheiden, hätte die Bestimmung dieser Geschäfte durch das öffentliche Recht sonst keinen Sinn. Soweit es sich um eine Behörde, d. h. um die organisatorische Einheit mehrerer Einzelämter oder eines einzelnen Amtes handelt, ist die organschaftliche Natur des Amts außer Zweifel; denn die Behörde erscheint selbst als unpersönliches Organ ohne Rechtssubjektivität [2]), das sich zwischen Staat und Einzelamt einfügt; durch die Behörde handelt der Staat. Dasselbe gilt aber auch für nicht einer Behörde eingegliederte Einzelämter, da auch sie durch das öffentliche Recht eingerichtet und begrenzt werden; sie unterscheiden sich insoweit nicht von einer Behörde [3]). Ist das Amt aber organschaftliche Institution, so ist der Amtsträger Staatsorgan.

Ähnlich ist auch der Gedankengang von Gerber, der neuerdings die Organstellung des Beamten vom Amte her begründet hat [4]). Er geht davon aus, daß das Amt gesetzlich gesicherten Bestand hat und verfassungsmäßige Institution ist. Dies ist besonders im Hinblick auf Art. 128 RV. richtig. Das Amt ist aber auch insoweit verfassungsmäßige Institution, als der Staat ebensowenig wie ohne Organe auch ohne Ämter gedacht werden kann; durch sie handelt der Staat [5]).

Gegen diesen Satz kann man auch nicht etwa den Einwand machen, es gebe Beamte im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze, die kein Amt haben. Dies trifft zwar sicher zu für den Beamten, der schon angestellt ist, aber noch kein Amt übertragen erhalten hat, und für den Beamten, der zur Disposition gestellt ist. Aber beide sind verpflichtet, ein Amt zu übernehmen, und schon

---

[1]) Vgl. Laband a. a. O., Bd. I, S. 365; Meyer-Anschütz, Bd. II, S. 381; O. Mayer, Bd. II, S. 139; Jellinek (W.), S. 347.

[2]) Vgl. Meyer-Anschütz, Bd. II, S. 381.

[3]) Vgl. Hatschek, a. a. O., S. 65, der das Amt ein subjektiviertes Organ nennt.

[4]) a. a. O. S. 34 ff.

[5]) Vgl. zu alledem noch Lorenz v. Stein a. a. O., Bd. I, S. 204 ff.

mit dieser Verpflichtung entsteht die Organeigenschaft des Beamten; denn das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis verleiht ihm die Fähigkeit, ein Amt zu übernehmen und damit organschaftlich zu handeln [1]). Andere Beamte ohne Amt gibt es aber nicht. Jellinek [2]) und Meyer-Anschütz [3]) behaupten zwar das Gegenteil hinsichtlich der zur Ausbildung angestellten Beamten, also beispielsweise der Referendare. Dies ist jedoch nicht richtig. Auch Referendare haben bestimmte Geschäfte kraft öffentlicher Dienstpflicht zu erledigen, nämlich alle Geschäfte, die z. B. von einem Richter oder Staatsanwalt zu erledigen sind, nur mit dem Unterschied, daß der Referendar nicht das Recht hat, in demselben Umfang wie ein Richter Hoheitsakte wirksam vorzunehmen. Auch das Moment, daß der Referendar zu seiner Ausbildung tätig wird, auf das Otto Mayer hinweist [4]), ist ebenfalls nicht von Bedeutung. Der Zweck, für den der Beamte tätig wird, ist unerheblich. Die Ausbildung erfolgt eben in der Form einer Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses und einer öffentlich-rechtlichen Abgrenzung der zu verrichtenden Geschäfte [5]). Es ist daher so anzusehen, als bilde der Staat sich selbst in den auszubildenden Personen aus, indem er so sich geeignete Beamte schafft; denn zweifellos ist doch, daß der Staat die Ausbildung in seinem eigenen Interesse unternimmt. Jellinek [6]) zählt auch die Soldaten zu den Beamten ohne Amt. Er begründet dies damit, daß der Soldat nicht zu bestimmten, meist wiederkehrenden Tätigkeiten verpflichtet ist, sondern bald zu dieser, bald zu jener Tätigkeit herangezogen wird. Dies ist aber nicht richtig; denn auch der Soldat ist zu bestimmten, meist wiederkehrenden Tätigkeiten verpflichtet. Im übrigen ist es aber nach geltendem Recht durchaus zweifelhaft, ob Soldaten als Beamte zu betrachten sind; denn § 18 des Reichswehrgesetzes macht ausdrücklich einen Unterschied zwischen Soldat und Militärbeamten. Zuweilen wird auch behauptet, der Geschworene oder Schöffe sei ein Beispiel für einen Beamten ohne Amt [7]). Aber der Geschworene hat sehr wohl ein Amt, ist aber nicht Beamter, weil er lediglich kraft seiner Staatsbürgerpflicht tätig wird [8]). Es muß dazu noch bemerkt werden, daß nicht jedes öffentlichrechtliche Dienstverhältnis Beamtendienstverhältnis ist, sondern es muß aus dem Gesetz erkennbar sein, daß es sich um ein Beamtendienstverhältnis handeln soll.

Aber auch abgesehen vom Amt wohnt dem öffentlichrechtlichen Beamtendienstverhältnis eine organkonstituierende Eigen-

[1]) Vgl. Peters, a. a. O. S. 142.
[2]) a. a. O. S. 347.
[3]) a. a. O., Bd. II, S. 575 und Anm. 10.
[4]) a. a. O. Bd. II, S. 163.
[5]) Vgl. auch Eckstein, a. a. O., S. 529 f.
[6]) a. a. O. S. 347.
[7]) Hatschek, a. a. O., S. 325.
[8]) Frank zu § 359; Olshausen zu § 359 N. 8, S. 1919.

schaft inne. Aus der historischen Entwicklung des Beamtendienstrechts ergibt sich, daß die besondere Ausgestaltung des Beamtendienstverhältnisses als öffentlichrechtliches Dienstverhältnis gerade ein Niederschlag der bewußten oder unbewußten Ansicht von der Organeigenschaft des Beamten ist. Hierauf hat Gerber hingewiesen [1]). Nach ihm ist Beamtentum ein durch die moderne organische Staatsidee bestimmtes Staatsdienstverhältnis, ist staatlicher Organdienst. Die straffe Organisation des Beamtendienstverhältnisses ist eben eine Folge der organischen Eingliederung des Beamten in den Staat. Der Dienst erscheint als Dienst unter der Staatsidee, und die Beamten erscheinen daher als wirkende Teile des Staatsganzen. Insofern hat die Regelung des Beamtendienstverhältnisses nicht nur rechtstechnische Bedeutung.

Ist also der Beamte, der als wesentliches Merkmal seiner Beamteneigenschaft das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis aufzuweisen hat, also der Beamte im Sinne der Dienst- und Disziplinargesetze, Staatsorgan, und ist auch der Beamte im Sinne des ALR. Staatsorgan, so ist nunmehr nur noch die Schlußfolgerung zu ziehen, daß eben die Organeigenschaft und das Vorhandensein eines besonderen Dienstverhältnisses das beiden Beamtengruppen gemeinsame wesentliche Merkmal ist. Eine Ausnahme muß nur gemacht werden für die sogenannten unmittelbaren Staatsorgane, d. h. die Organe, die durch die Verfassung selbst berufen sind und sich in keiner dienstlichen Abhängigkeit von einem anderen Organ befinden. Unter Beamten versteht das Staatsrecht eben nur die Personen, die durch ein anderes Organ berufen werden und diesem dienstlich untergeordnet sind. Bei dem Beamtenbegriff im Sinne des ALR. wird die Organeigenschaft durch die Übertragung öffentlichrechtlicher Funktionen begründet, d. h. durch Betrauung mit einem Amte im Sinne des ALR.; bei den Beamten, die unter die Dienst- und Disziplinargesetze fallen, wird dagegen die Organeigenschaft, soweit sie nicht schon ebenfalls durch die Betrauung mit öffentlichrechtlichen Funktionen begründet ist, durch die Anstellung in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis der Dienst- und Disziplinargesetze herbeigeführt. Auf diese Organeigenschaft als wesentliches Merkmal beider Beamtenbegriffe hat besonders Wachinger hingewiesen [2]).

3. In diesem Zusammenhang ist es auch möglich, zu der Meinung Ecksteins über den Beamtenbegriff Stellung zu nehmen. Er geht davon aus, daß die herrschende Lehre eigentlich ohne nähere Begründung das Dienstverhältnis als entscheidendes Merkmal der Beamteneigenschaft ansieht, obwohl sie selbst anerkennt, daß der Beamtenbegriff gegeben und nicht etwa vom Gesetz geschaffen ist. Das führt ihn zu der Erwägung, daß, da der Anstellungsakt nur

[1]) a. a. O. S. 28 u. 33.
[2]) a. a. O. S. 239.

das interne Verhältnis zwischen dem Anstellenden und den Angestellten regelt, er auch nur hierfür begriffsbestimmend sein könne, nicht aber für das externe Beamtenverhältnis [1]). In dieser Kritik steckt ein berechtigter Kern. In der Tat ist der Anstellungsakt, d. h. das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, nur von Bedeutung für den Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze und des Strafgesetzbuchs. Ob er für andere Gesetze gilt, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Stellt man es lediglich auf das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis ab, so erscheint dies freilich als willkürlich. Sieht man aber in dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis eine Manifestation der Organeigenschaft des Beamten, so erhellt daraus, daß das Dienstverhältnis nicht nur interne Bedeutung hat, sondern auch für die Stellung des Beamten nach außen hin bestimmend ist. Von seinem Ausgangspunkt geht Eckstein folgerichtig weiter; wenn es nach ihm auf das Innenverhältnis nicht ankommt, so kann es allein auf das Außenverhältnis ankommen [2]). Hier stellt er sich die Frage, wodurch sich der Beamte von einem Privatangestellten unterscheidet. Da der Staat auch Privatangestellte haben könne, so könne der Unterschied nur in einem Moment zu suchen sein, welches bei Privaten nicht vorkommen könne; dies sei aber die Ausübung der staatlichen Gewalt, der Staatshoheit. Daher ist Beamter der im Umfange seines Amts autoritative Träger der Staatsgewalt [3]). Eckstein geht sogar so weit zu sagen, selbst der Gesetzgeber könne keine Person, die ihrem Wesen nach nicht Beamter sei, zum Beamten machen [4]). Das Richtige an diesen Erwägungen Ecksteins ist bereits oben aufgewiesen worden. Es handelt sich um einen in der Natur der Sache liegenden Beamtenbegriff, der deshalb aber noch nicht für alle Gesetze seine Gültigkeit zu haben braucht. Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, unberührt von diesem naturrechtlichen Beamtenbegriff im einzelnen Fall ausdrücklich oder stillschweigend zu bestimmen, wer Beamte im Sinne dieses oder jenes Gesetzes sein soll. Daß er dies für die Dienst- und Disziplinargesetze zwar nicht ausdrücklich, aber wie sich aus ihrem Sinn ergibt, getan hat, ist bereits gesagt.

4. Ein Exkurs sei noch gestattet, der die Bedeutung dieses älteren naturrechtlichen Beamtenbegriffs des ALR nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für das Staatsrecht beweist. Im Sinne des Art. 131 RV. sind nämlich nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht nur die Personen Beamte, auf welche sich die Dienst- und Disziplinargesetze erstrecken, sondern auch solche, die zwar in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen, aber mit Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind und zwar der Gewalt,

---

[1]) a. a. O. S. 492 ff.
[2]) a. a. O. S. 496 ff.
[3]) a. a. O. S. 505.
[4]) a. a. O. S. 504.

in deren Ausübung sie pflichtwidrig handeln[1]). Bei dieser Auslegung handelt es sich nicht etwa um eine Analogie, sondern um die echte Anerkennung eines besonderen Beamtenbegriffs, der von dem der Dienst- und Disziplinargesetze abweicht. Gerade bei diesem Problem zeigt sich die Notwendigkeit, auf den „natürlichen" Beamtenbegriff des ALR. zurückzugreifen. Dieses Problem kann hier nur angedeutet werden. Bemerkt sei aber nachdrücklich, daß die erwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts nichts mit einer anderen Rechtsprechung desselben Gerichts zu tun hat, nach welcher Personen, die mit Ausübung hoheitlicher Funktionen betraut sind, automatisch damit in ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis treten. Denn das Reichsgericht bemerkt in seiner Rechtsprechung zu Art. 131 ausdrücklich, daß es unerheblich sei, ob der Beamte in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis der Dienst- und Disziplinargesetze stehe[2]). Dies erklärt sich damit, daß das Reichsgericht nur die Betrauung mit Ausübung obrigkeitlicher oder hoheitlicher, nicht aber nur öffentlichrechtlicher Befugnisse als geeignet hält, automatisch ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis zu begründen, auch wenn das Gegenteil gewollt ist, während für die Beamteneigenschaft im Sinne der Art. 131 RV. die Betrauung mit öffentlichrechtlichen Funktionen genügt. Diese Unterscheidung zwischen obrigkeitlichen Funktionen und dem größeren Gebiet öffentlichrechtlicher Tätigkeit geht auf O. Mayer zurück[3]).

XI. Das Wesen der öffentlichrechtlichen Funktionen unter Berücksichtigung der gerade für die Anwendung des § 359 StGB. praktisch wichtigen Fälle.

Nach alledem bleibt nur noch zu untersuchen, was unter einer öffentlichrechtlichen Tätigkeit heute zu verstehen ist. Schon oben wurde gesagt, daß es sich um eine Tätigkeit handelt, die notwendig die Organeigenschaft der Ausübungsperson bedingt. Als das Gegenstück der öffentlichrechtlichen Tätigkeit oder Funktion erscheint somit die privatrechtliche, da sie genau so wie von dem Beamten als Organ auch von dem Beamten als Privatmann vorgenommen gelten könnte.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann jedoch auf das Problem des Unterschiedes zwischen öffentlichem und Privatrecht nicht eingegangen werden. Es soll vielmehr nur anhangsweise versucht werden, ein Unterscheidungsmittel für solche Formen öffentlichrechtlicher Funktionen zu geben, die gerade bei der Anwendung des § 359 StGB. am häufigsten zu Zweifeln Anlaß geben. Nur in

---

[1]) RGZ. 84, 29; 105, 335; Fleiner, a. a. O., S. 283.
[2]) RGZ. 105, 335 f.
[3]) Vgl. RGZ. 84, 29 ; O. Mayer, a. a. O., Bd. I, S. 109 f.; Bd. II, S. 294, Anm. 23; Olshausen zu § 359 N. 4, S. 1917; RGSt. 51, 65; 52, 348.

diesem Rahmen soll auf die Streitfrage des Unterschieds zwischen öffentlichem und Privatrecht eingegangen werden. Am deutlichsten läßt sich das Problem an dem Gegensatz der Ansichten von Erich Kaufmann und Otto Mayer zeigen.

Die engste Auffassung vom Wesen des Öffentlichrechtlichen vertritt Erich Kaufmann; er versteht unter öffentlichrechtlicher Tätigkeit nur etwa Zwang und Befehl [1]). Beim Vorhandensein einer nur generellen Ermächtigungsgrundlage soll nach ihm das Verwaltungsrecht nur so weit reichen, als der Zweck des Hoheitsrechts eine obrigkeitliche Verfügung unmittelbar nötig macht. Es umfaßt daher nicht die gelegentlich zur Unterstützung und Ausführung im einzelnen erfolgenden Verrichtungen. Dieselben Grundsätze wendet Kaufmann auf die Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Gewalt im Sinne der Amtshaftungsgesetze an. „Es handelt sich nicht bei jeder Tätigkeit kraft öffentlichen Rechts um Ausübung der öffentlichen Gewalt; auch bei Gelegenheit der Ausübung eines Staatshoheitsrechts und zur Unterstützung der Ausübung derselben können privatrechtliche Verhältnisse zustandekommen." Für diese Definition beruft sich Kaufmann auf die preußische Rechtsentwicklung. Er faßt seine geschichtlichen Darlegungen in den Satz zusammen, daß nach preußischem Recht das Verwaltungsrecht als öffentliches Recht nur da Anwendung finde, wo entweder ausdrücklich ein obrigkeitliches Eingriffsrecht vorgeschrieben sei, oder wo die Befugnis dazu daraus folge, daß Privatpersonen eine Pflicht in einer allgemeinen Rechtsnorm auferlegt sei, die nach dem gedanklichen Zusammenhang, in dem sie stehe, nicht nur privatrechtliche Ansprüche der dabei Beteiligten begründen wolle. Außerhalb dieses Gebietes gelte Privatrecht [2]). Dies Ergebnis begründet er damit, daß im allgemeinen Landrecht der Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht gefehlt habe und auch ohne Schaden habe fehlen können. Es habe einzelner Vorschriften bedurft, wo der Rechtsweg einmal ausgeschlossen werden sollte. Hierbei verweist Kaufmann auf die Verordnung vom 26. 12. 1808, insbesondere §§ 35 ff. In ihr wird bestimmt, daß besonders über Majestäts- und Hoheitsrechte und allgemeine Verordnungen in Regierungssachen der Rechtsweg nicht stattfindet. Der in diesem Grundsatz zum Ausdruck kommende Gedanke der Einheitlichkeit alles Rechts sei, so meint Kaufmann, so stark gewesen, daß er auch in materiellrechtlicher Hinsicht kein praktisches Bedürfnis nach Scheidung zweier scharf getrennter Rechtsarten habe aufkommen lassen; denn auch hier habe man mit dem Begriff eines neben dem anderen stehenden Sonderrechts für den Staat auskommen können des Inhalts, daß ihm in gewissen Beziehungen Rechte von besonderer Kraft zustünden, die fähig seien, entgegen-

[1]) WStVR. 3, S. 715, 712 f. u. 710.
[2]) a. a. O. S. 702.

stehende Rechte von Privatpersonen aufzunehmen oder zu beschränken, wie sie andererseits im Grunde aber auch gesetzlichen Anforderungen Privater weichen müssen. Das Allgemeine Landrecht behandele daher das allgemeine Polizeirecht überall verstreut.

Aber die Frage, wann der Rechtsweg gegeben ist, hat mit der Frage nach der öffentlichrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses und gewisser Betätigungen gar nichts zu tun. Ob ein Streit auf dem Wege Rechtens zu entscheiden war oder nicht, wurde lediglich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten beurteilt. Besonders kennzeichnend ist der Wortlaut des § 35 der Verordnung vom 26. 12. 1808 [1]). Diese enge Auffassung vom Begriff der öffentlichrechtlichen Tätigkeit läßt sich auch geschichtlich nicht begründen. Wie schon oben bei der Entwicklung des Beamtenbegriffs des allgemeinen Landrechts herausgearbeitet wurde, fehlte dieser Zeit der Begriff der öffentlichrechtlichen Tätigkeit und der Ausübung öffentlicher Gewalt in unserem Sinne ganz. Man unterschied nach gegenständlichen und Zweckgesichtspunkten. Alles, was Regierung war, stellte sich als Ausübung von Hoheitsrechten dar. Regierung war alle Staatsverwaltung und wurde rein gegenständlich mit allem Zubehör als Staatsgewalt aufgefaßt [2]). Was dazu gehörte, unterschied man nicht nach förmlichen Merkmalen, sondern nach dem Zusammenhang mit den Staatszwecken [3]). So noch heute in Frankreich [4]). Später schwankte dann die Auffassung und führte zeitweilig zu einer Einschränkung des Gebiets des öffentlichen Rechts. Dies steht im Zusammenhang mit dem liberalen Verfassungsstaat, der natürlich die Staatsgewalt auf ein enges Gebiet beschränken wollte. Der Staat hatte nach dieser Doktrin wesentlich nur Sicherheits- und Schutzzweck. Dementsprechend wurde alles andere als privatrechtlich aufgefaßt, soweit nicht ein Gesetz eben ausdrücklich Zwang oder Befehl anordnete. Dies zeigt auch die Entwicklung, welche die Fiskustheorie genommen hatte. Das Allgemeine Landrecht kannte den weiten Begriff des Fiskus als moralischer Person des Privatrechts noch nicht [5]). Dazu kam es erst später, als man nach einer Möglichkeit suchte, den Bürger vor Mißgriffen der Staatsgewalt wenigstens durch finanzielle Entschädigungen zu sichern. Es ist aber auch ein sonderbares Ergebnis, daß nach der Rechtsanschauung des ALR. der Begriff eines für gewisse Beziehungen bestehenden Sonderrechts des Staates anstelle des öffentlichen Rechts genügt haben soll. Nicht das öffentliche Recht erschien

[1]) Über Gegenstände und Angelegenheiten indessen, welche nach den Gesetzen und allgemeinen Grundsätzen Unserer Staats- und Landesverfassung zur richterlichen Erörterung bisher schon nicht geeignet gewesen, kann auch fernerhin kein Prozeß zugelassen werden.

[2]) Bes. bemerkenswert Justi, a. a. O., Bd. I, S. 48, § 19.

[3]) s. o. S. 38 ff.

[4]) Vgl. W. Jellinek, a. a. O., S. 46, § 3 IV 2.

[5]) Vgl. § 1 II 14 ALR. u. Suarez in den Materialien zur wissenschaftlichen Erklärungen der preußischen Landesgesetze, Bd. I, S. 20.

dem ALR. als Sonderrecht des Staates neben dem Privatrecht, sondern das Privatrecht erschien als Ausnahme gegenüber dem öffentlichen Recht; dies entspricht dem Wesen des Polizeistaats und dem Wesen der Rechtslehre zur Zeit des ALR., der ja doch der Staat in erster Linie als Hoheitssubjekt erschien.

Im Gegensatz zur Ansicht Kaufmanns steht die O. Mayers, der zwischen hoheitlichen oder obrigkeitlichen Handlungen und zwischen öffentlichrechtlichen Handlungen als dem weiteren Begriff unterscheidet. Erstere sollen nur Zwang und Befehl als Kriterium enthalten, letzterer schlechthin alles, was nicht privatrechtlich ist. Entsprechend faßt er auch den Begriff der öffentlichen Gewalt auf, nämlich Handlungen, die nicht eine Vertretung des Fiskus bedeuten [5]). Dasselbe versteht er unter Tätigkeit auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung [6]). Ganz allgemein erscheint ihm die Anwendbarkeit des Zivilrechts auf Verhältnisse zwischen Staat und Untertan als eine Ausnahme. Eine feste Grenzlinie lasse sich aber nicht ziehen; es komme darauf an, wie das geltende Recht davon Gebrauch gemacht hat. Wie es auf dem Gebiete des Zivilrechts hergehe, sei bekannt; Sache der Verwaltungsrechtswissenschaft sei es daher, nachzuweisen, in welchen Formen sich das öffentliche Recht zeige. Mit welchen von beiden Maßstäben alle gegebenen Einzelheiten sich natürlicher, unmittelbarer und widerspruchsloser erklären lassen, das sei der richtige. Die Wirklichkeit des geltenden Rechts habe je nach dem ein zivilrechtliches oder öffentlichrechtliches Rechtsinstitut geliefert [7]). Dieser letzte Satz erscheint als zu weit gehend. Dafür, ob ein Rechtsinstitut zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, entscheidet nicht die Möglichkeit der natürlicheren Erklärung, sondern zunächst einmal das geltende Recht und die geschichtliche Entwicklung. O. Mayer hat aber recht, wenn er die Formen des Zivilrechts als bekannt voraussetzt. Dies erscheint als geeigneter Ausgangspunkt für die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Fall öffentliches oder Privatrecht gilt. Öffentlichrechtlich ist demnach alles, was nicht privatrechtlich ist.

Für das spezielle Thema dieser Untersuchung, nämlich für den Beamtenbegriff des § 359 StGB. und den Begriff der öffentlichrechtlichen Funktionen ist besonders die Rechtsprechung des Reichsgerichts von Bedeutung. In ihr kehrt immer ein und dieselbe Definition des Begriffs der öffentlichrechtlichen Funktionen wieder. Das Reichsgericht versteht nunmehr in ständiger Recht-

---

[1]) a. a. O., Bd. I, S. 204 und Anm. 28.

[2]) a. a. O., Bd. I, S. 109. „Aber die öffentliche Gewalt erscheint nicht nur in solchen obrigkeitlichen Akten, sondern überall, wo der Staat nicht unter das Zivilrecht gestellt ist, auch in seiner einfachen Tat, und auch die kann so gebunden sein, dem einzelnen gegenüber (nämlich als Pflicht gegenüber dem subjektiven öffentlichen Recht)"; ferner Bd. II, S. 294, Anm. 23.

[3]) a. a. O., Bd. I, S. 115 ff.

sprechung unter öffentlichrechtlichen Funktionen solche, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und den Staatszwecken dienen [1]). Älteren Datums ist die Definition, welche schon auf das Obertribunal zurückgeht, nämlich Handlungen, welche unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden und den Staatszwecken dienen [2]). Eine andere ältere Fassung legt mehr Gewicht darauf, daß die fragliche Tätigkeit nur Ausfluß eines öffentlichen Amts sein kann [3]).

Es erscheint gerechtfertigt, in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Art. 131 RV. zu würdigen. In beiden Fällen, Art. 131 u. 359 StGB., handelt es sich um organschaftliche Tätigkeit. In beiden Gesetzesbestimmungen stellt sich das Reichsgericht auf den Standpunkt [4]), daß in ihrem Sinn schon der Beamter ist, der öffentliche Gewalt ausübt, bzw. mit öffentlichrechtlichen Funktionen betraut ist. Unter öffentlicher Gewalt versteht das Reichsgericht alles, was nicht privatrechtlich ist, also unter §§ 31, 89 BGB. fällt [5]). Zwischen beiden Arten von Tätigkeiten gibt es also nicht noch eine besondere Gruppe, die nicht unter den Begriff öffentlicher Gewalt fällt. Unter öffentlicher Gewalt versteht demgemäß das Reichsgericht auch fürsorgende Tätigkeit. Privatrechtlich ist demnach nur, was der Staat in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis oder kraft eines privaten Rechts unternimmt, etwa anläßlich eines Gewerbebetriebes.

Das eigentlich Wesentliche bei dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts ist aber nicht diese Formel, die ja eigentlich nur mit anderen Worten die Frage formuliert und das Problem nicht löst; denn es ist ja gerade fraglich, wann Funktionen aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, und wann sie unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden. Das eigentlich Wesentliche ist vielmehr das Abstellen auf den einzelnen Fall. Die Formen öffentlichrechtlicher Betätigung sind so vielgestaltig, daß sie sich nicht in einem Schema erfassen lassen.

Über öffentliche Rechtsverhältnisse und formelle Verwaltungsakte braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter gesprochen zu werden, da es den Rahmen dieser Arbeit übersteigen würde, und mehr von Bedeutung ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges als dafür, was im Sinne des § 359 StGB. und der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen als öffentlichrechtliche Tätigkeit anzusehen ist. Besonderer Erwähnung bedürfen nur noch einige Merkmale des Verwaltungsakts außerhalb von Zwang und Befehl. Die Natur des Verwaltungsakts kann einmal in seiner Unempfindlichkeit gegenüber der eigenen Fehlerhaftigkeit

---

[1]) RGSt. 30, 30; 39, 233; 56, 400; 60, 140; 62, 26.
[2]) LZ. 1917, 1239.
[3]) RGSt. 35, 326 ff.; 43, 372.
[4]) RGZ. 104, 261; 105, 335; 109, 211; Delius, Beamtenhaftpflichtgesetz 4. Aufl., S. 16 c; Fleiner, a. a. O., S. 283.
[5]) RGZ. 84, 29; 86, 122.

bestehen [1]). Es gibt aber auch andere Merkmale, so die Einseitigkeit und besondere Wirkung der Verwaltungsakte, die man bei privaten Handlungen nicht trifft. Dies ist auch möglich bei Verwaltungsakten, die einen mehr fürsorgenden Charakter haben, z. B. in der freiwiligen Gerichtsbarkeit Vormundschaft [2]) und der öffentlichen Fürsorge. Auch die besondere Glaubwürdigkeit, die solchen Verwaltungsakten innewohnt und die zusammenhängt mit ihrer Unempfindlichkeit gegenüber der eigenen Fehlerhaftigkeit, ist ein besonderes Merkmal [3]). So ist die notarielle Tätigkeit Ausübung öffentlicher Gewalt, obwohl hier niemand gezwungen oder jemandem etwas befohlen wird. Dies ergibt sich schon aus dem preußischen Beamtenhaftpflichtgesetz von 1904, § 4 I 2, das die Standesbeamten zu den Personen zählt, die öffentliche Gewalt ausüben. Notare fallen nur deshalb nicht unter das Gesetz, weil sie auf Gebühren angewiesen sind (§ 1 III). Der Entwurf dieses Gesetzes zählt ferner ausdrücklich in § 4 I Nr. 1 und IV die Volksschullehrer und Lehrer an öffentlichen Anstalten zu den Personen, die öffentliche Gewalt ausüben [4]).

Von besonderer Bedeutung für dies behandelte Thema sind Tätigkeitsformen gerade auf der Grenze zwischen ausgesprochen hoheitlichen Verwaltungsakten, also Zwang und Befehl und rein privatrechtlicher Tätigkeit. Um die Vielgestalt der hier möglichen Formen etwas erfassen zu können, muß davon ausgegangen werden, daß öffentlichrechtliche Tätigkeit alles ist, was nicht privatrechtlich ist. Hierbei kann natürlich immer noch zweifelhaft sein, welches die Merkmale der privatrechtlichen Tätigkeit gerade beim Staat sind. Dabei ist folgendes zu erwägen: die privatrechtliche Betätigung des Staates erscheint dem Wesen des Staates gemäß als eigentliche Ausnahme. Darüber bestand auch zur Zeit des Allgemeinen Landrechts niemals ein Zweifel. Das, was dem Staat eigentümlich ist, ist gerade das Öffentlichrechtliche seiner Tätigkeit. In der Regel sind aber die Formen privatrechtlicher Tätigkeit fest umgrenzt und als solche bekannt. Soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, können Zweifel kaum auftauchen. Es gibt aber noch ein besonderes Gebiet privatrechtlicher Tätigkeit, welches nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, z. B. Handlungen, welche nach §§ 31, 89 BGB. den Staat privatrechtlich haftbar machen, unerlaubte Handlungen und ähnliche. In solchen Fällen ist an das Allgemeine Landrecht anzuknüpfen. Dies bestimmt im 14. Titel II. Teil § 76: „Bei dem Gebrauche, der Benutzung und Verwaltung der Domänen und Regalien komme dem Staat der Regel nach nur eben die Rechte zu wie einem jeden Privateigentümer." Handelt es sich also um eine derartige Tätigkeit, so liegt öffentliche Gewalt oder öffentlich-

[1]) W. Jellinek, a. a. O., S. 20.
[2]) RG. JW. 1932, 1373.
[3]) Fleiner, a. a. O., S. 51.
[4]) Vgl. RGZ. 84, 29.

rechtliche Tätigkeit nicht vor [1]). Ebenso ist es bei privatwirtschaftlichen Betrieben des Staates, wobei besonders das Wort „privatwirtschaftlich" betont werden muß; der Staat kann wirtschaftlich handeln, dies braucht aber nicht notwendig privatwirtschaftlich zu sein. So ist die Post kein privatwirtschaftlicher Betrieb. Eine Gemeinde, die eine Gasanstalt errichtet, kann diese sehr wohl als öffentlichrechtlichen Gemeindebetrieb aufziehen, die Geldleistungen der Benutzer sind in diesem Falle Gebühren; die Einkassierung der Gebühren bedeutet daher ebenfalls öffentlichrechtliche Tätigkeit; denn durch sie erlischt der öffentlichrechtliche Gebührenanspruch der Gemeinde. Daß die zwangsweise Beitreibung solcher Gebühren hoheitliche Tätigkeit ist, bedarf keiner Erörterung.

Das Recht der öffentlichen Anstalten läßt sich hier ebenfalls nicht erschöpfend behandeln. Hier muß unterschieden werden, ob die Anstalt öffentlichrechtlich betrieben wird oder privatrechtlich. Es gibt auch Anstalten, die sich beider Rechtsgebiete bedienen. Entscheidend wird immer sein, ob der Benutzer eine öffentlichrechtliche Gebühr oder eine privatrechtliche Gegenleistung zahlen muß [2]). Soweit ein Zwang für die öffentlichen Gemeindeanstalten besteht, den Gemeindemitgliedern die Benutzung der Anstalt zu gewähren, bedeutet die Erfüllung dieser Verpflichtung eine öffentlichrechtliche Funktion; dies ergibt sich schon daraus, daß in Preußen bei öffentlichen Gemeindeanstalten über das Recht zur Mitbenutzung die Verwaltungsgerichte entscheiden. § 18 Zuständigkeitsgesetz und § 9 II Landgemeindeordnung. Freilich kann man daraus nicht darauf schließen, daß eine öffentliche Anstalt vorliegt; denn für die Frage, ob ein öffentlichrechtlicher Zulassungszwang besteht, ist der öffentlichrechtliche Charakter der Anstalt Voraussetzung. Erwähnt sei noch die Tätigkeit der Lehrer an öffentlichen Anstalten, die, auch wenn sie nicht Zwang und Befehl ist, doch öffentlichrechtliche Tätigkeit darstellt [3]).

Bei der Benutzung des Privateigentums oder der öffentlichen Straßen, also der Sachen im Gemeingebrauch, kann es aber leicht vorkommen, daß solche Handlungen des Staats doch öffentlichrechtlicher Art sind. In diesen Fällen kreuzt sich die öffentlichrechtliche Natur der Tätigkeit mit der privatrechtlichen. Wenn z. B. die Militärbehörde ein der unmittelbaren Ausübung der Militärhoheit dienendes Gebäude errichtet, so benutzt sie das ihr gehörige Grundstück, zugleich aber liegt darin Betätigung der Militärhoheit, so daß die Nachbarn nicht auf Unterlassung wegen etwaiger Gefährdung klagen können, sondern lediglich einen Anspruch auf Entschädigung haben. Ebenso ist es bei anderen Handlungen des

---

[1]) Vgl. Hatschek, a. a. O., S. 45 f.
[2]) Vgl. Jellinek, a. a. O., S. 493.
[3]) RGZ. 84, 29; O. Mayer, Bd. II, S. 294, Anm. 23.

Militärs, beispielsweise, wenn Soldaten mit einem Wagen auf dienstlichen Befehl durch die Straßen fahren, um Sägespäne zu holen, so steht dies in unmittelbarem Zusammenhang mit Ausübung hoheitlicher Tätigkeit, nämlich der Ausbildung der Truppen[1]); in solchen Fällen liegt daher öffentliche Gewalt, öffentlichrechtliche Tätigkeit vor, obwohl die Soldaten nichts tun, was nicht jeder Privatmann auch tun kann, nämlich die öffentliche Straße benutzen. Ähnlich ist es bei der in Marsch befindlichen Truppe.

Ein anderes häufig entscheidendes Merkmal für die öffentlichrechtliche Natur der Tätigkeit ist, daß sie die Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht des Staates oder der öffentlichrechtlichen Körperschaft darstellt[2]). So ist die Zahlung der Enteignungsentschädigung, des Beamtengehalts, Rückzahlung zuviel gezahlter Steuern, aber auch Unterlassungshandlungen, Erfüllung der Schweigepflicht im Brief- und Fernsprechverkehr eine öffentlichrechtliche Tätigkeit. Der Bruch der Schweigepflicht ist unrechtmäßige Betätigung öffentlicher Gewalt und gewährt einen Anspruch auf Entschädigung aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung[3]). Aus diesem Grunde erscheint auch die Tätigkeit des Postboten als öffentlichrechtliche. Diese Frage hat das Reichsgericht bei § 359 StGB. wegen der Beamtenqualität der Postaushelfer viel beschäftigt[4]). Die Post tritt zu den Benutzern in ein öffentlichrechtliches Verhältnis. Die Erfüllung ihrer daraus entspringenden Verpflichtungen ist daher eine öffentlichrechtliche Tätigkeit. Die Tätigkeit des Postboten erscheint im Zustelldienst auch aus anderen Gründen als öffentlichrechtliche, so z. B., wenn er gerichtliche Zustellungen vornimmt. Er errichtet in diesem Fall eine öffentliche Urkunde. Das ist öffentlichrechtliche Tätigkeit[5]). Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich auch die Tätigkeit der Justizangestellten unter den Begriff der öffentlichrechtlichen Funktionen bringen.

Als Ergebnis der gesamten Untersuchungen ist nach allem folgendes festzustellen:

1. Der Beamtenbegriff des Strafgesetzbuchs umfaßt zwei Beamtenbegriffe, den des Allgemeinen Landrechts und den der Dienst- und Disziplinargesetze. Ersterer lautet: Beamter ist, wer in einem besonderen Dienstverhältnis, gleichgültig welcher Art, mit einem Amte im Sinne des ALR. betraut ist, d. h. mit Ausübung eines Teils der Staatsgewalt. Der Beamtenbegriff der Dienst- und Disziplinargesetze lautet: Beamter ist, wer in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis auf Grund der Dienst- und Disziplinargesetze zum Staate oder einer ihm untergeordneten öffentlichrechtlichen Körperschaft steht.

---

[1]) RGZ. 108, 287 ff.
[2]) O. Mayer, a. a. O., Bd. I, S. 109 f.
[3]) RG. JW. 1916, 1416.
[4]) Vgl. darüber Heslenfeld, LZ. 1917, 383, 1237 f.
[5]) W. Jellinek, a. a. O., S. 20.

2. Beide Beamtenbegriffe lassen sich zusammenfassen in einen gemeinschaftlichen Oberbegriff: Beamter ist, wer in einem besonderen Dienstverhältnis zum Staat oder einer ihm untergeordneten öffentlichrechtlichen Körperschaft eine organschaftliche Stellung einnimmt mit Ausnahme der unmittelbaren Staatsorgane.

3. Öffentlichrechtliche Funktionen sind alle nicht privatrechtlichen Funktionen. Die Formen privatrechtlicher Tätigkeit sind bekannt. Der Staat oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft wird bei Benutzung des Privateigentums und der im Gemeingebrauch stehenden Sachen, ferner bei privatwirtschaftlicher Tätigkeit privatrechtlich tätig. Öffentlichrechtlich kann eine Betätigung insbesondere sein aus dem Gesichtpunkt des Zweckzusammenhangs mit einer anderen öffentlichrechtlichen Tätigkeit und aus dem Gesichtspunkt der Erfüllung öffentlichrechtlicher Pflichten.

Lebenslauf.

Ich, Hans-Jürgen Keßmann, bin am 17. März 1908 als Sohn des Studienrats Adalbert Keßmann zu Berlin-Wilmersdorf geboren Ich besuchte das Luisengymnasium zu Berlin bis Ostern 1926, wo ich die Reifeprüfung dort bestand. Sodann studierte ich vom Wintersemester 1926/27 bis zum Wintersemester 1927/28 die Rechtswissenschaft an der Universität Berlin, im Sommersemester 1928 an der Universität Marburg und vom Wintersemester 1928/29 bis zum Wintersemester 1929/30 an der Universität Berlin. Am 17. Juli 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht. Im Sommersemester 1931 besuchte ich noch einmal als Gasthörer die Universität Marburg. Während meiner Studienzeit widmete ich mich neben den übrigen Gebieten der Rechtswissenschaft besonders dem Staats- und Verwaltungsrecht. Die vorliegende Arbeit entstand über das selbstgewählte Thema unter der gütigen Anleitung und Beratung des Herrn Prof. Dr. Bredt in Marburg.